

UNIVERSITÉ DE CLERMONT

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES ÉCONOMIQUES

Les nouvelles orientations
du
droit de l'adoption

Tome 1

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue

devant la Faculté de Droit

par

Solange BETANT-ROBET

1970

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES ÉCONOMIQUES

Les nouvelles orientations
du
droit de l'adoption

Tome 1

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue
devant la Faculté de Droit
par

Solange BETANT-ROBET

1970



La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse,
ces opinions doivent être considérées comme propres à leur
auteur.

J U R Y

PRESIDENT : M. le Doyen STOUFFLET

ASSEESSEUR : M. le Professeur du PONTAVICE

ASSEESSEUR : M. MAURY, Maître de conférences agrégé

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Bull.civ. : bulletin des arrêts de la Cour de cassation
(chambre civile)
Civ. : chambre civile de la Cour de cassation
Clunet : journal du droit international privé
Comm. Réf. C.civil : Commission de réforme du Code civil
D. : Dalloz
D.H. : Dalloz hebdomadaire
D.P. : Dalloz périodique
Encycl. D. drt.civil : Encyclopédie Dalloz droit civil
Encycl. D. pr.civ. : Encyclopédie Dalloz procédure civile
Encycl. D. drt.int. Encyclopédie Dalloz, droit international privé
Gaz.Pal. : gazette du palais
J. Cl.drt.civil : Jurisclasseur de droit civil
J.CL. drt. int.:Jurisclasseur de droit international
J.C.P. : Jurisclasseur périodique, la semaine juridique
ord. : ordonnance
préc. précité ; op. cit. ; ouvrage précité
Req. Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. crit. : revue critique de droit international privé
Rev. drt. int. : revue de droit international privé
Rev. int. drt. comp. : revue internationale de droit comparé
rev. trim. : revue trimestrielle de droit civil
rev.trim. drt. san. et soc. ; revue trimestrielle de droit sanitaire et social
S.A.S.E. : service de l'Aide sociale à l'Enfance
Sauv. Enf. : Sauvegarde de l'enfance (Bulletin)
S. : Sirey
S.P.E. : Service juridique de protection de l'enfance (Bulletin)
somm. : sommaire
t. : tome
T.G.I. : tribunal de grande instance.

INTRODUCTION

1. - Parmi les réformes du droit français de la famille, celle du droit de l'adoption réalisée par la loi du 11 juillet 1966 figure en bonne place, après celle des régimes matrimoniaux et de la tutelle, avant celle de l'autorité parentale. Certains y ont même vu l'ébauche d'un régime nouveau de la filiation, l'adoption ne permet-elle pas de composer à son gré la famille ?

Les uns s'assurent, par ce biais, une descendance, les autres rejettent, par ce moyen, les enfants indésirables ou mal aimés. Le consentement à l'adoption donné par les parents par le sang comble les désirs des candidats adoptants, qui se heurtent à la pénurie d'enfants adoptables, et l'Etat transfère ainsi sur les particuliers une partie des charges sociales qui lui incombent.

Mais l'adoption a une autre dimension que cette sorte de redistribution des enfants. Elle est avant tout, au moins dans les sociétés de type occidental (1), une institution tournée vers l'enfant ; elle tend à recréer pour ceux qui sont abandonnés les conditions nécessaires à leur épanouissement ; elle témoigne de la valeur irremplaçable de la famille.

1 - Au Japon, l'adoption intervient essentiellement pour assurer la continuité familiale et le culte des ancêtres, en l'absence de fils aîné.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548607_0009

2. - "Donner une famille à un enfant sans famille" est son but premier, mais aussi "donner un enfant à une famille sans enfant" (2) et qui souffre de cette absence. L'enfant d'élection remplace alors l'enfant que la nature refuse, il s'inscrit dans la lignée et la perpétue ; l'acte de volonté d'un seul ou de deux membres du groupe engage la famille toute entière.

Transmettre le nom et le patrimoine est devenu un effet de l'adoption, mais non plus sa fin essentielle ; le candidat adoptant veut assumer dans leur plénitude les charges de la paternité et en avoir les joies, et pour ce faire, il désire un enfant jeune et sans passé. L'intérêt de l'enfant rejoint le désir des couples involontairement stériles(et même des célibataires !) de se perpétuer en donnant à leur famille sa vraie dimension. L'adoption est liée désormais à un problème social plus vaste, celui de l'enfance abandonnée et malheureuse,et elle a, de ce fait, une résonnance dans tous les milieux.

Bien que le nombre des adoptions ne dépasse guère 4.000 chaque année (3),le sujet passionne l'opinion, les romanciers y trouvent leur inspiration (4),(quelquefois, pas la meilleure (5)), en tous cas, nul ne reste indifférent et il suffit que les journaux annoncent "un drame de l'adoption", qui bien souvent n'en n'est pas un, pour que les opinions opposées s'affrontent.

2 - "L'adoption, données médicales, psychologiques et sociales" par C. Launay, M. Soulé et S. Veil, Les éd. soc. franç. 1968 p. 21. Cette conception est tout au moins celle du droit français qui n'admet pas, en principe, l'adoption en présence d'enfant légitime.

3 - Ce nombre est beaucoup plus élevé dans les pays anglosaxons, ainsi de 1946 à 1950, il y a eu environ 17.000 adoptions par an en Angleterre (Dr Launay op.cit. p. 19).

4 - La Varende "La dernière fête" 1953.

5 - Guy des Cars "La révoltée" 1968.

3. - Ces signes de préoccupations quotidiennes ou littéraires sont liées à l'essor de l'adoption, qui date en France d'une trentaine d'années (6). Sans doute les bouleversements sociaux provoqués par la guerre n'y sont pas étrangers et le drame des orphelins et des enfants séparés de leurs parents a fait prendre conscience du problème de l'enfance inadaptée, voire délinquante, mais il faut retenir encore plus comme facteurs favorables, le renouveau de la famille et de sa place dans la société, lié à une certaine restructuration du couple et au désir de l'enfant.

Le péril démographique, spécialement crucial en France, où chaque année depuis 1935, étaient enregistrés plus de décès que de naissances, et une certaine évolution des idées sur la famille, devait donner naissance au Code de la famille (promulgué le 29 juillet 1939) et à diverses mesures sociales et même fiscales. Un climat nouveau nataliste est né, dans lequel les familles sans enfants peuvent se sentir "défavorisées" ; le couple qui a opté pour la fécondité au moment où il s'est engagé dans le mariage (7) finit par ressentir sa stérilité comme un échec et pense à l'adoption pour réaliser ce pourquoi, il s'est fondé.

La découverte du rôle de la famille dans l'ordre social et l'impossibilité de la remplacer près des

6 - Cela ne veut pas dire que l'adoption était inconnue auparavant, mais le recueil de l'enfant abandonné relevait des moeurs et non du droit (Cf. Emilie Brontë : "Les Hauts de Hurlevent").

7 - Selon R. Prigent (in "Renouveau des idées sur la famille", Presses Universitaires de France 1954, p. 313). L'accroissement de la natalité, alors que bien peu de chose a été fait, en matière de prévention ou de répression de l'avortement et de la diffusion des méthodes contraceptives, ne peut trouver son origine que dans le libre consentement des époux. Telle est également l'opinion de M.P. Marmier in "Sociologie de l'adoption" Bibliothèque de Droit privé, Lib. Gén. de droit et de jur. 1969.

enfants, tant au point de vue économique (8) qu'affectif(9) et éducatif (10), ont contribué à valoriser l'adoption, et à lui donner un cadre légal mieux adapté.

La cellule familiale, issue de la civilisation urbaine et industrielle, s'est rétrécie à la famille conjugale : père, mère et enfants (11) ; les valeurs ancestrales ne sont plus acceptées telles quelles (12) et les liens, sans être rompus (surtout sur le plan affectif (13)), tendent à s'affaiblir (14). Les considérations d'ordre patrimoniale et successorale ont perdu une partie de leur importance, dans une société en mutation, dans laquelle la fortune acquise, bourgeoise, est en régression

8 - L'expérience tentée en Union Soviétique a montré le coût considérable de l'élevage collectif et la médiocrité de ses résultats, in "Renouveau des idées sur la famille" préc. p. 15 et s., p. 206 et s.

9 - L'opinion si répandue, selon laquelle les mères, moins expertes, devaient moins bien réussir que des nurses spécialisées, a été, elle aussi, contredite par l'expérience et les découvertes médicales (l'hospitalisme spécialement), Dr A. Berge "la famille pour l'enfant" in Renouveau des idées sur la famille p. 319 et s.

10 - "L'évolution des besoins et la conception dynamique de la famille" par P.-H. et M.-J. Chombart de Lauwe in Revue française de sociologie janv/mars 1960 p. 403 et spéc. p. 407.

11 - A. Michel "Famille, industrialisation, logement" C.N.R.S. 1959, thèse lettres. Toutefois cette opinion n'est pas unanimement partagée, Cf. J. Carbonnier soulignant que le passage du lignage au ménage, non plus que l'amour conjugal, ne datent de l'âge industriel ("Familles, législation et quelques autres", in Mélanges Savatier Paris 1965, p. 143 et 150) également Traité Droit civil 1969 T.II n° 111.

12 - "Familles d'aujourd'hui", colloque consacré à la sociologie de la famille, Bruxelles 1965, Institut de sociologie p. 9.

13 - ainsi en témoigne la reconnaissance, par le législateur, du droit de visite des grand-parents art. 371-4 de la loi relative à l'autorité parentale.

14 - "Les changements dans les fonctions familiales" par J. Stoetzel, in Renouveau des idées sur la famille p. 349.

et s'efface devant la valeur professionnelle (15) et les "vertus" de l'éducation et de l'instruction. Dans un tel climat, le couple stérile ne se contente plus pour se perpétuer de choisir un enfant de la parenté à qui il laissera ses biens, il veut élever un enfant sans attaches, dont il se sentira entièrement responsable et grâce auquel, il assurera son équilibre et son bonheur (16).

Si la raison d'être essentielle du mariage n'est plus la procréation, mais la recherche de deux êtres (17), il n'en reste pas moins que "le désir de l'enfant" est toujours inscrit au coeur de l'homme, mais de l'enfant "projet conscient et délibéré" (18). Lorsque la nature le refuse, l'homme et la femme se tournent vers l'enfant abandonné, et ce, d'autant plus volontiers, que leur niveau intellectuel et social est plus élevé. En France, tout au moins, les candidats adoptants se recrutent principalement dans la classe moyenne issue de la bourgeoisie, mais idéologiquement détachée des préjugés (19), informée(20)

15 - liée au salaire, qui devient la source principale du "revenu" pour la nouvelle classe moyenne, constituée par "les cadres", (G. Dupeux "la société française 1789-1960" Collection U, série histoire contemporaine. Paris 1964), or c'est parmi celle-ci que se recrutent, pour une grande part, les candidats adoptants.

16 - J. Carbonnier "Terre et ciel dans le droit du mariage" in Mélanges Ripert 1950. T.I., spéc. p. 325 ; E. du Pontavice "Droit de la famille et droit au bonheur" in Mélanges Voirin 1967 et spéc. p. 686.

17 - Selon l'expression de J. Rostand "en créant une famille, chacun, homme et femme, s'accomplit lui-même" in "L'homme" p. 53.

18 - "Familles d'aujourd'hui" op. cit. p. 9; "le planning familial" n'a pas pour but de supprimer la procréation, mais de la discipliner.

19 - acceptant un certain brassage social, par l'entrée au foyer d'enfants dont on ignore l'origine.

20 - L'adoption est couramment pratiquée dans le milieu médical, pourant le mieux placé pour connaître "les risques" de l'adoption.

et ouverte sur le monde extérieur (21).

4. - Cependant l'évolution actuelle tend à faire pénétrer l'adoption dans tous les milieux, ce qui est normal, à la permettre en présence d'enfants légitimes, alors que dans ce cas, la soif de la paternité est, semble-t-il, assouvie, et ce qui est plus contestable, à l'encourager en faveur d'un adoptant unique. Dans ces deux hypothèses, qui sont encore l'exception, l'élément affectif explique essentiellement la démarche, l'adoption n'a généralement pour but que de traduire un état de fait. En opposition avec les conceptions traditionnelles du droit français de la famille et avec la primauté accordée à la filiation légitime, discutable du seul point de vue de l'intérêt de l'enfant, qui a besoin pour s'épanouir d'un vrai foyer, ces formes d'adoption ne devraient rester que marginales. La loi est-elle allée trop loin dans sa faveur pour l'adoption ?

Les lois se font avec le temps a pu dire Portalis dans l'exposé préliminaire du Code civil, cette remarque est encore juste de nos jours et la pression sociale, réformatrice, n'a pas été étrangère à l'évolution du droit de l'adoption. En face d'une opinion publique, sensibilisée par le problème de l'enfance malheureuse, favorable à la famille adoptive (et même à la famille nourricière) face à la famille par le sang, les forces conservatrices, respectueuses des droits du sang sont ébranlées (22). L'aspect individualiste et traditionnel de l'adoption, accord de volontés au sein de la famille, a disparu au profit de l'aspect social et institutionnel. De l'adoption

21 - Les adoptants et encore plus les adoptantes exercent très souvent une profession dite sociale ; ils militent dans des organismes socio-professionnels...

22 - "la loi est presque toujours le résultat d'une transaction entre forces opposées " G. Ripert in "Les forces créatrices du Droit" Paris 1955 p. 83.

de 1804, mode de transmission d'un patrimoine et d'un nom, à l'adoption plénière de la loi du 11 juillet 1966, que d'étapes parcourues.

5. - La Commission chargée de la rédaction du Code civil était hostile à l'adoption, pratiquement inconnue dans l'ancien droit, et le premier Consul ne parvint pas à faire prévaloir sa conception personnelle, qui tendait à assimiler l'enfant adoptif et l'enfant du sang (23). Les formes de l'adoption étaient très compliquées ; les conditions très strictes : l'adoptant devait être âgé de plus de 50 ans, avoir quinze ans de plus que l'adopté et n'avoir pas de descendants légitimes, l'adopté devait être majeur et obtenir l'autorisation de ses père et mère avant 25 ans. L'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire étaient soumises à des conditions moins strictes, mais elles supposaient des circonstances très spéciales. Sous ce régime, le nombre actuel des adoptions atteignaient à peine une centaine.

Il fallut attendre la loi du 19 juin 1923 (24), qui instituait l'adoption des mineurs (25) et surtout le décret-loi du 29 juillet 1939 (dit Code de la famille), pour voir apparaître l'adoption au service de l'enfant.^(25bis) Trois formes étaient prévues : l'adoption ordinaire, qui maintenait, sous certaines réserves, l'adopté dans sa famille d'origine ; l'adoption avec rupture des liens d'ori-

23 - Ses idées, résumées dans cette expression imagée : "Le fils des os et du sang passe, par la volonté de la société, dans les os et le sang d'un autre" (in Fenet t. X p. 288) étaient fort en avance sur son temps ; elles s'expliquent toutefois en partie, par des raisons personnelles, ne songeait-il pas à adopter Eugène de Beauharnais ?

24 - Rouast, Commentaire D. 1923.IV.257.

25 - Dès cette époque, le nombre des adoptions passait à un millier par an.

25 bis - Le Code civil assurait plutôt la protection de l'enfant par la tutelle officieuse. Cette institution existe encore en droit belge et italien.

gine, mais qui ne faisait pas entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant ; enfin, la légitimation adoptive.

En choisissant cette expression, bien souvent critiquée (26), les rédacteurs du décret-loi soulignaient "l'assimilation qu'ils voulaient établir entre l'enfant légitime et l'enfant adopté par les nouvelles formes juridiques qu'ils instituaient" (27). Ils semblaient oublier que la légitimation suppose, en droit sinon en fait, des liens du sang entre les parents et l'enfant et constitue la régularisation d'un état, tandis que l'adoption consiste à "greffer" juridiquement et affectivement un enfant dans une famille qui lui est totalement étrangère.

La légitimation adoptive apparaissait alors comme une forme d'adoption, dont le champ d'applicationn était restreint aux enfants de moins de cinq ans, complètement privés de famille, et dont les effets se rapprochaient de ceux de la légitimation ; elle était prononcée par l'autorité judiciaire.

Les auteurs du décret-loi, ne soupçonnant sans doute pas l'ampleur du succès qu'elle allait connaître (28), n'avaient pas jugé utile de lui consacrer de longs développements. Les règles de l'adoption continuaient de régir tout le titre VIII du Code civil, trois articles nouveaux contenaient toute la réglementation d'une institution, qui est devenu rapidement très vivante dans le

26 - G.Ripert "La réforme de l'adoption" D.H.1940, Chr. p. 1 - Bastian, "La réforme de l'adoption par le Code de la famille" Rép. Commailles 1940 p. 136 et spéc. p. 143.
27 - Molinier, Trav. Comm. réf. du C.C. 1945-1946 p. 570.
28 - en 1938 : 1230 adoptions - en 1957 : 1629 adoptions ordinaires - 912 adoptions avec rupture des liens et 1443 légitimations adoptives.

droit du XXème siècle (29).

6. - Tout de suite les lacunes de la loi apparurent. Fallait-il régler les difficultés qui surgissaient en faisant de la légitimation adoptive une institution indépendante (30), tenant à la fois de la légitimation et de l'adoption, ou devait-on toujours se référer aux règles posées pour l'adoption traditionnelle ? Doctrine et pratique s'affrontaient, la majorité des auteurs (31) ne voyant que l'aspect adoption refusaient de lui reconnaître une vie propre, les praticiens, au contraire, soulignaient les différences fondamentales des deux institutions quant à leurs buts et quant à leurs effets.

Des lois successives devaient assouplir les conditions de la légitimation adoptive (32), mais en même temps que se multipliaient les adoptions et se raréfiaient les enfants adoptables, surgissaient des conflits peu nombreux, mais aigus, qui sensibilisaient l'opinion publique et nécessitaient l'intervention du législateur.

29 - Ce phénomène n'est pas uniquement national, mais se rencontre dans toutes les sociétés modernes. Marc Ancel "l'adoption dans les législations modernes" Sirey 1959.

30 - position de la cour de Grenoble 19 janv. 1949 (D.1949 J.175, J.C.P. 1949.II.4912, S.1949.2.96. rev. trim.1949. 404 obs. Lagarde) confirmé par C.C. 1ère Civ. mai 1957, J.C.P. 1957.II.110067 note Raynaud (approbative) D.1957. J. 559, S. 1957.2.371 et G.P. 1957.2.118 rev. trim. 1957 p. 583 obs. Raynaud et 1958 p. 301 obs. Raynaud - contra Poitiers 29 oct. 1952, J.C.P. 1953.II.7442, D.1953.J.138, S.1953.2.141 note Costes (approbative).

31 - Planiol et Ripert, Traité pratique, T.II par Rouast, n° 1055 p. 914 - Bastian, op. cit. p. 139 - Lagarde, rev. trim. 1949.404 - Batiffol, note sous Paris 3 janv. 1947, S.1947.II.113 - Mazeaud, trav. comm. réf. du C.C. 1945-1946 p. 632 - contra Velousky, "la légitimation adoptive", thèse Paris 1952 p. 21 et Mme Sinay, note sous Trib. Briançon, 24 mai 1946. S.1947.II.57.

32 - lois des 8 août 1941 et 17 avril 1957. Sur les imprécisions de la loi du 8 août 1941, voir infra n° 105

Fallait-il préférer la famille par le sang, qui avait pour elle l'antériorité des liens et le désir de réparer, ou la famille adoptive, qui élevait l'enfant avec l'affection de vrais parents ? Dans ces affaires, le drame était d'éclater généralement à un moment où l'enfant vivait depuis plusieurs années au foyer des adoptants et où ce qu'il est convenu d'appeler "la greffe affective" était réalisée. Les magistrats, chargés de statuer, devaient faire un choix difficile, parfois cornélien et jamais totalement satisfaisant.

7. - L'ordonnance du 23 décembre 1958 (33), s'inspirant des travaux de la Commission de réforme du Code civil, devait simplifier les formes de la légitimation adoptive et en même temps essayer de trancher les difficultés de fonctionnement apparues au cours des ans (34) ; elle était suivie par la loi du 1er mars 1963 (35), dont le but essentiel était d'ouvrir la légitimation adoptive à un plus grand nombre d'enfants, tout en cherchant à éviter les conflits entre familles antagonistes et en tous cas à les limiter dans le temps. Pour arriver à ce résultat, les conditions de la légitimation adoptive étaient élargies, mais définies avec plus de précision ; le droit pour les pa-

33 - P. Esmein, nouvelle réforme de l'adoption G.P. 1959. I. doct. 22 - P. Raynaud, le nouveau régime de l'adoption et de la légitimation adoptive, D.1959.chr. 147 - Vismard les modifications apportées au régime de l'adoption et de la légitimation adoptive par l'ordonnance n° 58.1306 du 23 déc. 1958, J.C.P. 1959.I.1497.

34 - elle mettait fin également à la distinction de l'adoption par contrat et de l'adoption par jugement.

35 - P. Esmein, la loi du 1er mars 1963 sur l'adoption, G.P. 1963.I. doct. 78 - P. Raynaud, l'adoption et la légitimation adoptive dans la loi du 1er mars 1963, D. 1963.chr. 133 - A. Rouast, la loi du 1er mars 1963 sur l'adoption et la légitimation adoptive J.C.P. 1963.I.1760 - R. Savatier, la nouvelle législation de l'adoption. Sauv. Enf. mai/juin 1963.433 - voir sur les difficultés d'application de la loi infra n°105

rents par le sang de s'opposer à l'adoption était limité, celui d'intenter une tierce opposition contre le jugement était reconnu formellement, mais en même temps enfermé dans un délai très court (36).

Ces aménagements successifs avaient donné à la légitimation adoptive une physionomie qui était bien différente de celle élaborée par le décret-loi du 29 juillet 1939, en outre, les dispositions ajoutées au cours des années manquaient d'unité et le cadre légal ne correspondait plus aux nécessités sociales et aux désirs des candidats adoptants.

Dès 1963, le gouvernement avait annoncé qu'il procéderait à une refonte totale du droit de l'adoption. Pour ce faire, il avait constitué (37) auprès du ministère de la Justice, une commission (38) pour l'étude des problèmes relatifs à l'adoption. Les travaux de cette commission, les enquêtes auxquelles elle a procédé, spécialement auprès des services d'Aide sociale à l'Enfance et des magistrats ont servi de base de départ à la rédaction du projet de loi (39), qui, soumis en première lecture à l'Assemblée Nationale le 17 novembre 1965, fut voté le 27 juin 1966.

8. - La loi du 11 juillet 1966 (40), qui est entrée en vigueur le 1er novembre 1966, a entièrement re-

36 - pour la 1ère fois, en droit judiciaire, l'exercice de la tierce opposition était enfermé dans un délai.

37 - par arrêté du 4 nov. 1963.

38 - Cette commission était placée sous la présidence du Procureur Général près la C.C. et comprenait des parlementaires, des juristes (professeurs et magistrats), de hauts fonctionnaires du ministère de la santé publique et de la population, ainsi que des services d'Aide sociale à l'Enfance, des médecins et des spécialistes de l'adoption.

39 - Annexe n° 1630 - Exposé des motifs et projet de loi J.O. 7 avril 1966 p. 666 et voir bibliographie pour la nomenclature des trav. Parlementaires.

40 - Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption J.O. du 12 juill. 1966.

fondé le titre VIII du livre 1er du Code civil. Par voie de conséquence, elle a procédé à une harmonisation des dispositions de la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle et de celles du Code de la famille et de l'aide sociale sur les enfants abandonnés.

A l'adoption avec ou sans rupture de liens familiaux et à la légitimation adoptive, elle a substitué l'adoption simple et l'adoption plénière. Cette dernière qui emprunte son nom à "l'adoptio plena" du droit romain (41), regroupe à la fois la légitimation adoptive et l'adoption avec rupture ; elle est devenue le droit commun. C'est autour d'elle que s'ordonne tout le titre VIII "De la filiation adoptive".

Le législateur a supprimé l'adoption avec rupture, mais il a conservé, sous le vocable "adoption simple", la forme ancienne de l'adoption. Ouverte quelque soit l'âge de l'adopté, révocable pour motifs graves, laissant subsister les liens avec la famille d'origine, elle conserve une certaine utilité, essentiellement dans deux hypothèses : lorsque l'adopté a plus de quinze ans (42) et lorsque l'adoption, intervenant dans le cadre de la famille (adoption d'un neveu, d'un cousin ou de l'enfant du conjoint) la rupture des liens d'origine ne s'impose pas et est même contre indiquée. N'ayant pas le même rôle social de protection de l'enfant et ne soulevant pas de problèmes juridiques nouveaux, son étude systématique ne sera pas entreprise.

41 - Celle-ci toutefois avait un rôle bien différent, instituée dans l'intérêt de l'adoptant, en vue de renforcer la puissance de la domus et d'assurer la continuité du culte des ancêtres, elle jouait un rôle politique, économique, familial et religieux.

42 - C'est en principe la seule forme d'adoption possible.

9. - Cette loi traduit-elle, comme il lui a été reproché (43), les aspirations des couples en mal d'enfants, au détriment des droits imprescriptibles des parents par le sang ? L'admettre serait singulièrement oublier le fondement premier de l'institution : le bien de l'enfant, et l'esprit général de la loi. L'article 353 nouveau ne traduit-il pas cette intention, lorsqu'il enjoint au tribunal de vérifier si "l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant".

Certes, nulle part ailleurs que dans sa famille par le sang, l'enfant ne trouve des conditions plus favorables à son épanouissement et comme le soulignait le Garde des Sceaux, dans l'exposé des motifs de la loi, il n'est pas question "de retirer systématiquement des enfants à leurs parents afin d'en faciliter l'adoption..." (44) ; mais cette famille, faut-il encore qu'elle existe, qu'elle soit consciente de ses devoirs et les remplisse. Si elle fait défaut, si elle méconnaît son rôle le plus élémentaire, doit-on, au nom des droits de la procréation, mettre l'enfant "en réserve", jusqu'à ce qu'elle réapparaisse ou soit disposée à remplir son rôle ?

L'enfant, lui, a besoin d'une famille et ce besoin essentiel ne peut attendre. Les données médicales les plus récentes montrent qu'il y a là une nécessité vitale et que "la carence de soins maternels" dans la petite enfance est une maladie dont les conséquences sont le plus souvent irrémédiables (45). La meilleure poupon-

43 - Savatier "Direction socio juridique d'une loi récente, l'évolution la plus récente du droit de l'adoption". in Sauv. enf. janv. 1967.

44 - Déb. Parl. Ass. Nat. 17 nov. 1965, J.O. p. 4701.

45 - Jenny Aubry, Paris 1965 "La carence de soins maternels".

nière, le meilleur orphelinat ne remplaceront jamais pour un enfant le foyer, où il se sent irremplaçable et aimé pour lui-même. Lui donner alors dans une famille de remplacement ce que sa famille lui refuse, voilà le but et la raison d'être de l'adoption, mais de l'adoption par un couple ; voilà la seule justification d'une disposition qui est en contradiction avec la conception juridique de la famille en droit français : la possibilité reconnue aux parents de consentir à l'adoption plénière de leur enfant, même s'il s'agit d'un enfant légitime, et par ce biais de composer la famille au gré de leur volonté.

Mais tous les parents n'ont pas le courage de reconnaître qu'ils sont incapables ou ne veulent pas élever leur enfant (46), le plus souvent, ils préfèrent le laisser en attente ; leur désintéressement sera progressif et lorsqu'il aura atteint le point de non retour, l'enfant sera ou trop perturbé ou trop âgé pour qu'une adoption soit concevable.

10. - A ce stade, il n'y a pas de conflit entre une famille de recueil et une famille par le sang, mais entre les droits des parents par le sang et les droits d'un enfant ; tout le problème consiste à déterminer à partir de quel degré le désintéressement des parents exige qu'une solution de rechange soit trouvée. Regretter que cette solution ait un caractère définitif est une position insoutenable, si l'on se place du côté de l'enfant, qui n'est pas un objet que l'on déplace au gré des circonstances, mais un être vivant qui, pour s'épanouir, a besoin d'un climat d'affection et de stabilité. Une fois l'enfant inséré dans la famille de remplacement son droit le plus

46 - "l'abandon peut être d'une certaine manière un geste héroïque," lorsqu'il est le fait, par exemple, d'une femme qui reconnaît qu'elle ne pourra seule élever convenablement son enfant. "Le droit naturel et l'adoption" par R.P. Marc Avoy s.j. in "Perspectives chrétiennes sur l'adoption", ouvrage publié par le Bureau International Catholique de l'Enfance, éd. Fleurus 1962.

absolu est d'y rester. Médecins, spécialistes de l'enfance proclament le droit inaliénable de l'enfant sur la femme, procréatrice ou non, qui l'élève, qui est devenu "sa mère" (47). Ainsi combien est lourde de conséquences la décision qui "place" un enfant dans une famille.

11. - Dès l'institution de la légitimation adoptive, le souci majeur du législateur a été de définir les catégories d'enfants qui pouvaient être confiés à un candidat adoptant. Mais l'abandon est une notion de fait, beaucoup plus qu'une notion de droit, et devant les difficultés d'application et les contestations rares, mais violentes, il a été imaginé, et c'est l'un des aspects originaux de la loi de 1966, de confier à l'autorité judiciaire la responsabilité de déclarer l'enfant abandonné, donc adoptable, avant tout placement.

L'intervention du juge, gardien traditionnel des libertés familiales, assure aux parents les garanties nécessaires ; le caractère contradictoire de la procédure (nouveau dans le droit de l'adoption) leur permet d'intervenir. Mais le jugement d'abandon devenu définitif, l'enfant est irrévocablement et définitivement détaché de sa famille par le sang, même s'il ne bénéficie jamais d'une adoption. La déclaration judiciaire d'abandon a ainsi des conséquences encore plus graves qu'une déchéance de l'autorité parentale, à tel point que certains services d'Aide sociale à l'Enfance hésitent à l'utiliser pour immatriculer les enfants, comme le leur permet cependant l'article 55 7° du Code de la famille.

47 - mère adoptive, mère nourricière, peu importe, "Maternage et adoption", par N. Quémada, thèse médecine Paris 1962. Intervention du professeur D.-J. Duché au colloque international de Monaco, consacré aux "premiers jours de la vie", Le Monde du 22 avril 1969.

12. - Au deuxième stade, le conflit se joue entre la famille par le sang et la famille de recueil et il est d'autant plus aigu que l'enjeu en est l'attribution exclusive de l'enfant à l'une ou à l'autre. Les passions s'en mêlent et se cristallisent ; dans certains cas extrêmes, la presse s'en empare, l'opinion publique prend parti pour ou contre la famille par le sang, pour ou contre la famille de recueil, le législateur lui-même ne peut rester indifférent (48).

Si les procès entre parents d'origine et adoptants sont extrêmement rares, compte tenu du nombre d'adoptions prononcées chaque année (49), leur intensité est inversement proportionnelle : les antagonistes utilisent toutes les voies de recours (50) ; la procédure devient un moyen de retarder l'exécution, quelque fois même de gagner son procès ! Chacun parle au nom de ce qu'il prétend être l'intérêt de l'enfant, comme si celui-ci n'était pas compromis de toutes façons par cette lutte, dont quelque soit l'issue, il en restera meurtri pour toujours (51).

13. - L'intérêt de l'enfant exige que ces conflits ne puissent naître et le mérite de la loi du 11 juillet 1966 est d'avoir multiplié les précautions avant tout

48 - l'émotion soulevée par l'affaire Novack a provoqué le vote de la loi du 1er mars 1963 et pour une bonne part celui de la loi du 11 juill. 1966.

49 - d'après M. P. Marmier, (thèse préc. p. 356), 16 procès en 17 ans, 1 procès pour plus de 4000 adoptions.

50 - aff. Novack : 3 pourvois (interv. de l'Ass. Plén.) aff. Marinopoulos : 1 pourvoi ; aff. Laborderie, 2 pourvois (aff. non terminée) ; aff. Péron (interv. de l'Ass. Plén. du Conseil d'Etat)... ; voir table de la jurisprudence.

51 - R. Savatier "L'enfant disputé" Sauv. Enf. déc. 1957 p. 987 - La Barnière "L'enfant revendiqué" D. 1962 chr. p. 127.

recueil pour que "la greffe affective", une fois réalisée, ne puisse jamais être remise en question. Le législateur a voulu qu'aucun chevauchement de droits concurrents ne soit juridiquement possible, les droits nouveaux ne pouvant naître qu'après l'extinction des autres.

La procédure a été décomposée en deux phases distinctes : le placement, prélude à l'adoption et l'adoption elle-même. Le placement réalisé dans les conditions de la loi, c'est à dire d'un enfant remplissant toutes les conditions pour être adopté, entraîne des effets spécifiques et surtout il dresse une barrière infranchissable entre l'enfant et ses parents d'origine : toute réclamation, toute reconnaissance, toute déclaration de filiation sont interdites.

L'enfant, bien que n'ayant pas acquis une nouvelle filiation est déjà détaché de sa famille d'origine et appartient "virtuellement" à la famille adoptive. Mais les faits se laisseront-ils couler dans le moule pré-établi par la loi ? La mère qui aura abandonné son enfant sera certes déclarée irrecevable à agir et la tranquillité juridique de l'adoptant sera assuré, mais la règle de droit l'empêchera-t-elle d'approcher son enfant par d'autres voies, de créer les contacts, et de revendiquer plus tard sa maternité ? (52)

La solution légale est certainement une victoire pour la famille adoptante, qui acquiert, du jour de l'entrée de l'enfant à son foyer, la certitude qu'il ne lui sera pas enlevé ; c'est la réponse du législateur aux angoisses qu'avaient provoqué l'affaire Novack ; c'est

52 - L'efficacité profonde de la règle de droit est soumise à une question de fait : la réalité de l'abandon.

un encouragement donné aux candidats adoptants. Toutefois, il ne faut pas en chercher la raison d'être essentielle dans une préférence législative pour la famille fondée sur l'engagement, au détriment de la famille fondée sur la procréation, mais dans un souci plus grand de l'intérêt de l'enfant et de ses besoins propres. La stabilité et la sécurité des recueils sont considérés comme une nécessité fondamentale.

On a pu voir dans ces aménagements nouveaux l'élimination du contentieux de l'adoption (53). Cela est vrai pour l'essentiel, chaque fois que le recueil en vue d'adoption sera effectué suivant le processus établi par la loi ; mais celle-ci ne peut empêcher les recueils de fait, qui fatalement sont antérieurs au jugement d'abandon, et dans ce cas les drames sont toujours possibles. La technique juridique a pour effet de donner la sécurité ; correctement employée, elle atteint son but ; mais elle ne peut prévoir toutes les situations, certaines restent forcément en dehors du champ d'application de la loi. Dans tous les domaines, le problème de l'interférence des situations de fait et du droit se posera toujours (54).

L'avenir dira si le législateur a atteint son but, en tous cas, le déroulement en deux phases de la procédure d'adoption peut d'ores et déjà être salué comme la traduction légale d'une notion qui peu à peu pénètre le droit français : le souci de l'enfant et la prise en consi-

53 - Exposé des motifs de la loi par M. Foyer, Garde des Sceaux, Déb. Ass. Nat. 17 nov. 1965. J.O. p. 4688.

54 - "L'hypothèse du non droit" par J. Carbonnier in Archives de philosophie du droit T.VIII et spéc. p. 62 et s.; "Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui" par J. Savatier, Mélanges Ripert T.I. p. 75 ; "le droit civil contemporain et les situations de fait" par J. Noirel, rev. trim. 1959. 456.

dération de ses intérêts propres (55), "son droit au bonheur", selon l'expression de M. le Professeur du Pontavice (56).

14. - Faut-il croire que l'introduction, dans la loi, de l'adoption plénière par une seule personne répond au même souci ? Sans doute, un souci de simplification du régime de l'adoption peut expliquer en partie la suppression de l'adoption avec rupture des liens, forme hybride, mais qui répondait à des besoins propres ; sans doute, cette possibilité a été justifiée par le souci de traduire juridiquement un état de fait ; sans doute, des enfants, difficilement adoptables par un couple, peuvent trouver chez une femme seule les trésors de dévouement et d'affection qui le rendront heureux, mais ces raisons sont-elles suffisantes pour justifier une disposition tellement contraire à l'essence même de l'institution ?

Comment prétendre, au nom de l'intérêt de l'enfant, organiser son recueil par une femme seule, lorsque l'on connaît les difficultés de celles-ci pour élever leurs propres enfants ? (57) Comment vouloir faire croire

55 - J. Chazal "les droits de l'enfant" coll. Que sais-je ? Paris 1959 ; M. Donnier, "L'intérêt de l'enfant" D. 1959 chr. 179 ; Doyen Savatier "le juge, le droit positif et l'intérêt de l'enfant", Sauv. Enf. janv./fév. 1966 p. 46 voir aussi, la jurisprudence concernant le droit de garde, l'évolution du droit de l'autorité parentale, le régime de l'assistance éducative.

56 - in "Droit de la famille et droit au bonheur" op. cit. p. 689 et s.

57 - difficultés matérielles certes, mais encore plus morales. L'absence de père est un handicap pour l'enfant, tant sur le plan éducatif que social. Cela est si vrai, qu'un mouvement comme ^{celui} des "Villages d'enfants" qui groupe dans une maison, autour "d'une mère" un petit groupe de 7 ou 8 enfants, met toujours à la tête du village un couple ; l'homme étant là pour représenter l'autorité paternelle et plus spécialement pour les garçons, "la figure masculine à laquelle ils pourront s'identifier, à l'âge où cela est nécessaire". (Bull. des Villages d'enfants, mars 1970, siège social, 67 rue Anatole France 92 - Levallois-Ferret).

aux tiers que l'enfant ainsi élevé est "un enfant légitime" ? L'adoption nouvelle manière aurait-elle pour but de "fabriquer" des enfants naturels ?

La légitimation adoptive tirait sa valeur du mariage (58) qu'elle supposait, elle reconnaissait que seul un foyer complet peut assurer le bonheur d'un enfant, les époux reportant sur celui-ci le bénéfice de l'engagement dont ils ne peuvent faire bénéficier l'enfant du sang. L'adoption plénière ne pose plus cette exigence ; elle est, en principe, ouverte à toute personne de plus de 35 ans. Or, il ne suffit pas pour qu'elle soit réussie de la qualifier de plénière et de donner à l'enfant les droits d'un enfant légitime qu'il ne sera jamais.

Cette possibilité paraît tout aussi discutable à première vue que celle qui recule l'âge limite pour être adopté à 15 ans ; elles risquent toutes les deux d'être peu appliquées, la première, parce que l'Aide sociale à l'Enfance et les oeuvres d'adoption se refuseront, au nom du bien de l'enfant, à le confier à une personne seule, alors que tant de couples attendent ; la seconde, parce que les adoptants eux mêmes désirent recueillir un enfant malléable et "neuf", et que cette condition est reconnue par les spécialistes, comme un gage de réussite.

En réalité, ces dispositions ont été votées pour tenir compte de certaines situations de fait particulièrement attachantes et qui trouvent un écho dans l'opinion publique, beaucoup plus que pour favoriser les recueils préalables.

58 - elle était, selon l'expression du Doyen Carbonnier "une spiritualisation de plus du mariage". Mélanges Ripert préc. p. 336.

15. - C'est aussi en fonction des situations de fait que les tenants de la famille adoptive ont obtenu la levée de l'interdiction totale d'adopter en présence d'enfant légitime. Un recueil antérieur, une insertion parfaite sont autant de conditions exceptionnelles pour obtenir une dispense du Président de la République, afin de réaliser l'adoption. C'est après de longs débats que cette disposition, moyen terme entre des positions opposées, a été adoptée.

Tant que l'adoption avait pour seul but de donner un descendant à celui qui en était dépourvu, il était dans la logique du système de lui interdire d'adopter s'il avait un enfant légitime, mais la conception actuelle est tout autre, et puisqu'il s'agit de recréer pour l'adopté une situation conforme à la nature, cette objection a perdu une grande partie de sa valeur (59). En tous cas, il faut constater qu'un courant favorable existait à l'Assemblée Nationale et que de nombreux pays étrangers ont introduit cette possibilité dans leur législation (60). Les tenants de la prééminence des liens du sang ont réussi à "défendre", mais pour combien de temps, la famille légitime contre l'intrusion de "l'étranger".

16. - Sur le plan des effets de l'adoption, la loi de 1966 a gravi un degré, et semble-t-il le dernier possible, dans la voie de l'assimilation de l'enfant adopté plénièrement à l'enfant légitime. Elle ne se contente plus en effet de lier l'adoptant à l'adopté, de consacrer juridiquement un acte de volonté qui lui est propre, mais

59 - Cependant la considération de l'intérêt de l'enfant ne permet pas d'affirmer que, dans tous les cas, l'introduction d'un enfant adoptif, dans un foyer où vit un ou des enfants légitimes, ne comporte pas de risques. Dr Launay op. cit. p. 206 et s.

60 - Angleterre, Etats-Unis, Pays Scandinaves, Belgique, Allemagne (avec une dispense du tribunal).

elle impose à toute la famille, même la plus éloignée ou la plus hostile, l'enfant étranger. Cette disposition a été critiquée par les tenants d'une conception traditionnelle de la famille, qui admettent difficilement cette carte forcée, mais elle se justifie par l'intérêt de l'adopté ; elle témoigne indirectement de la vitalité de la famille étendue (61), face à l'avènement de la famille conjugale (62), cependant, elle n'atteint son but que si l'adopté est accepté affectivement par le groupe, or sur ce point, la loi reste bien impuissante !

Enfin, pour parfaire, vis à vis des tiers, l'identification de l'adopté à un enfant du sang et pour lui permettre de produire sa vie durant un titre conforme à sa filiation (légale), la loi a prévu que la transcription du jugement d'adoption tiendrait lieu d'acte de naissance. Cette transcription ne doit contenir aucune indication relative à la filiation d'origine, l'adopté est réputé né du ou des adoptants, les seules références au passé concernant la date, l'heure et le lieu de sa naissance (63).

Cette disposition, qui a pour but de mettre la famille adoptive à l'abri des indiscretions, est assez étonnante. N'a-t-elle pas pour effet d'organiser "un faux légal"(64) et de porter atteinte à la véracité

61 - Les adoptants, les organismes d'adoption attachent généralement une très grande importance à l'accueil qui sera réservé par la famille à l'adopté.

62 - supra n° 3.

63 - Il fut même question de remplacer le lieu de la naissance par celui du siège du tribunal ayant prononcé l'adoption.

64 - Seules les personnes qui auront en mains une copie intégrale de l'acte sauront qu'il s'agit d'une adoption, or l'art. 9 du décret du 3 août 1962, modifié par le décret du 15 fév. 1968, limite leur nombre au maximum (cf infra n° 331

THE
LIBRARY OF THE
MUSEUM OF MODERN ART
1000 MUSEUM AVENUE
NEW YORK, N. Y. 10022

1967
1968
1969
1970
1971
1972
1973
1974
1975
1976
1977
1978
1979
1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025

1967
1968
1969
1970
1971
1972
1973
1974
1975
1976
1977
1978
1979
1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025

1967
1968
1969
1970
1971
1972
1973
1974
1975
1976
1977
1978
1979
1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025

1967
1968
1969
1970
1971
1972
1973
1974
1975
1976
1977
1978
1979
1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025

qui doit s'attacher aux actes de l'état-civil ?

Se justifie-t-elle par l'intérêt des enfants ? Ce n'est même pas certain. En effet, si dans le cas d'adoption par un couple, elle peut tromper les tiers, dans le cas d'adoption par un seul, ceux-ci penseront tout au plus, qu'il s'agit d'un enfant naturel (65) . De plus, elle peut inciter les adoptants à cacher à l'enfant sa véritable situation, alors que la nécessité de la révélation est soulignée par tous les spécialistes, médecins, psychiatres, juges pour enfants (66). En tous cas, complétée par l'annulation de l'acte de naissance originaire et l'impossibilité d'en obtenir communication, même à titre de renseignement par l'adopté majeur (67), la réglementation nouvelle rend bien fragile l'espoir que celui-ci peut caresser de connaître un jour sa véritable filiation ; on peut y voir une atteinte au droit à la vérité de ses origines qui appartient à tout homme.

Ces orientations nouvelles de l'adoption plénière trouvent leur écho dans nombre de pays étrangers (68), où l'adoption est aussi une institution très vivante. Mais l'on assiste également à un phénomène nouveau, le déséquilibre des demandes d'adoption par rapport au nombre d'enfants disponibles. Les ressortissants des pays riches dans lesquels les abandons d'enfants sont en régression

65 - Certaines mères naturelles veulent adopter leur enfant pour cacher "leur faute", faut-il pour cacher l'adoption faire croire que l'adopté est "illégitime" ?

66 - Ce problème est si important qu'il a été évoqué au cours des discussions parlementaires, déb. Ass. Nat. 17 nov. 1965 J.O. p. 4703.

67 - Mme Launay avait proposé d'introduire cette disposition dans l'art. 354, déb. Ass. Nat. 17 nov. 1965, J.O. p. 4703.

68 - ne connaissent pas l'adoption, en Europe, le Portugal, en Amérique, Haïti, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, in "L'adoption" par Vismard, Lib. tech. 1968 p. 6.

vont chercher dans les pays économiquement moins développés les enfants qu'ils ne trouvent pas dans leur propre pays. "Les adoptions internationales" se multiplient (69), l'adoption ne connaît pas les frontières.

Les distances, les moeurs, l'absence de contacts préalables entre l'enfant et le futur adoptant, la difficulté de faire une étude approfondie du projet, les différences de législation (70) sont autant d'écueils et de dangers pour l'enfant. Dès la fin de la guerre, le besoin s'est fait sentir d'une réglementation tant pour assurer la protection de l'enfant que pour harmoniser les législations et les effets de l'adoption.

Le Service Social International (71) s'est penché très tôt sur le problème. Il ne fait pas de placement, mais peut apporter son aide avant ou après le placement, si besoin est. Ses travaux et son expérience (72) ont servi de base de travail aux études et conférences internationales.

Le département de l'assistance technique des Nations Unies à Genève devait organiser à Leysin du

69 - en 1967 sur 2239 adoptions plénières réalisées en France, 123 l'étaient au profit d'enfants de nationalité étrangère ; en 1968, sur 2454 adoptions plénières, 164 concernent des enfants étrangers (compte général de la Justice).

70 - voir M. Ancel "L'adoption dans les législations modernes" Sirey 1958.

71 - Le S.S.I. a été créé en 1921 pour s'occuper des migrants, réfugiés et travailleurs. Il siège à Genève.

72 - Ces travaux ne sont pas les seuls : le Centre International de l'Enfance qui siège à Paris au Château de Longchamp a organisé en juin 1952 un colloque sur les enfants privés de famille ; un cours sur l'adoption du 21 septembre au 4 octobre 1964. Le 4ème congrès de la Fédération Internationale des femmes des professions juridiques avait pour thème l'adoption (Cf. rev. crit. D.I.P. 1962 p. 87). Le 50ème Congrès de l'International Law Association qui a eu lieu à Tokio (août 1964) avait l'adoption à son ordre du jour (rev. crit. D.I.P. 1965-201).

22 au 31 mai un cycle d'études européen sur l'adoption entre pays (73). Les participants ont dégagé un ensemble de principes fondamentaux applicables aux adoptions entre pays ; des directives applicables au processus de "case-work" (74) dans l'adoption internationale et des recommandations pour l'élaboration d'un projet de convention européenne sur l'adoption entre pays.

16. - La Xème session de la Conférence de droit international de la Haye a mis à son ordre du jour et a adopté, le 28 octobre 1964, un projet de "Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption" (75).

L'objet de la Convention est surtout de régler les conflits de lois, d'assurer la reconnaissance des jugements d'adoption prononcés par un Etat contractant, dans les autres Etats, et la protection des mineurs. Faute d'accord entre les participants, elle ne réglemente pas les effets de l'adoption.

La Convention a été signée par les délégués de 24 pays (76) dont la France (77) ; si elle est ratifiée par un grand nombre, un nouveau pas dans la protection de l'enfance aura été franchi.

73 - voir sur ce point, G. Desmottes "Vers un droit européen de l'adoption", rev. trim. drt. san. et soc. oct/déc. 1967 p. 273. Le rapport de Leysin peut être obtenu par les soins du service de l'assistance technique des Nations Unies à Genève.

74 - la méthode du casework s'analyse en 3 phases : étude, diagnostic, traitement, elle exige des agences spécialisées. "L'adoption de pays en pays" par L. Danan, in les Cahiers de l'Enf. 1961 n° 78 & 79.

75 - Rev. crit. D.I.P. 1964 p. 814 et texte intégral en annexe ; "La Convention sur l'adoption internationale" par M. Kraemer-Bach, Gaz. Pal. 1965.I.24 ; "la Xème session de la Conférence de la Haye de drt.int.privé" par Y. Loussouarn, Clunet 1965 p. 5 ; "La Xème session de la Conférence de la Haye de droit int.privé", rev. crit. D.I.P., 1965 p. 249.

76 - la liste des pays a été publiée au début de "l'acte final" Cf. annexe I

77 - A ce jour la France n'a pas encore ratifié .

17. - La Convention Européenne en matière d'adoption des enfants, signée le 24 avril 1967 a un objet différent (78). Le sous-comité (79), créé par le comité social du conseil de l'Europe, pour étudier, dès 1961, les problèmes de l'adoption internationale des enfants devait décider que "le meilleur moyen d'assurer des garanties appropriées à l'adoption internationale des enfants serait de traiter de leur adoption en général" ; ainsi a été élaborée une Convention contenant un minimum de principes essentiels que chaque Partie Contractante devrait s'engager à incorporer dans sa législation nationale et une liste de recommandations facultatives.

De ces principes se dégage un véritable statut de l'enfant adopté : celui-ci est âgé de 18 ans au plus et non marié, sa mère et son père, s'il est légitime, (ou un organisme habilité) ont dû consentir à son adoption. La décision, qui appartient uniquement à une autorité compétente judiciaire ou administrative, a été précédée d'une enquête approfondie, faite par une personne ou un organisme qualifié ; elle doit être subordonnée à la conviction qu'elle assurera le bien de l'enfant. Une fois adopté, le mineur est assimilé à un enfant légitime, il en a les droits et les obligations ; il doit pouvoir acquérir facilement la nationalité des adoptants. L'adoption est irrévocable, cependant, une autorité administrative ou judiciaire pourrait prononcer la révocation pour motifs graves (80).

78 - Cf. le texte intégral en annexe II

79 - il a été présidé successivement par M.R.-J. Whittick "Assistant Secretary Children's Department" du Royaume-Uni, et par M. Marcel Lameignère, administrateur civil au Ministère des Affaires sociales, alors chef du bureau de l'enfance à la Direction Générale de la Population et de l'Action sociale.

80 - si la législation du pays intéressé l'admet.

Le nombre des enfants adoptifs d'une même personne n'est pas limité ; si l'adoption par un couple est préférée, celle par un célibataire est permise ; il ne doit pas être interdit d'adopter en présence d'un enfant légitime, ni d'adopter son enfant illégitime. Tout gain provenant de la remise d'un enfant en vue d'adoption est prohibé.

Pour obtenir l'adhésion du plus grand nombre de pays, la Convention a dû prévoir la possibilité pour chaque Partie Contractante de formuler deux réserves au maximum (81), au moment de la signature ou du dépôt de l'instrument de ratification. Elle a dû admettre la possibilité pour chaque pays de conserver à côté de cette forme d'adoption un système moins complet, qui réponde à d'autres besoins et n'a pas essentiellement pour objet le recueil des enfants abandonnés (82).

La Convention Européenne a été ratifiée par Malte, le Royaume-Uni, l'Irlande et la Suède, mais non encore par la France. L'harmonisation des législations européennes, pourtant souhaitée par les tenants d'un droit européen ne semble pas encore pour demain. Pourtant le mouvement est en marche ; sous l'influence, sans doute, des deux Conventions Internationales, peut être à l'imitation de la France, la Grèce (83), l'Italie (84), la Belgique (85) ont remodelé leur droit de l'adoption, dans le même sens de la protection de l'adopté et du renforcement de ses droits d'une part et de la publicisation de l'institution d'autre part : intervention accrue de l'autorité publique.

81 - valables 5 ans et renouvelables pour des périodes égales. Cette possibilité a été fort critiquée par les délégations qui voulaient un droit uniforme.

82 - ainsi en France, l'adoption simple.

83 - décret-loi du 2/17 août 1966.

84 - loi du 5 juin 1967.

85 - loi du 21 mars 1969.

- 10 -

Les travaux réalisés en vue de l'élaboration de principes communs, qui pourraient se traduire dans les législations internes, ne peuvent être ignorés lors d'une étude consacrée à la loi française ; pourtant, il serait exagéré d'y voir la source unique de son évolution. Selon M. le doyen Marty (86) malgré de larges études comparatives, l'adoption s'est développée en France, en fonction des besoins et des difficultés propres à notre pays.

18. - Les préoccupations du législateur français se rencontrent tant au stade de l'élaboration du lien qu'à celui de l'étendue et du rayonnement de ses effets. Ainsi apparaissent naturellement les divisions de cette étude.

La première partie tentera de définir l'enfant adoptable et le parent adoptif, sous le titre général "les conditions de l'adoption".

La deuxième partie consacrée à "la réalisation de l'adoption", décomposera le mécanisme de l'adoption et décrira les procédés imaginés par le législateur pour éviter les conflits entre les droits opposés des parents d'origine et de la famille adoptante ; enfin, elle traitera de la situation de l'enfant, une fois l'adoption prononcée.

Mais l'adoption répond à un besoin protéger l'enfant abandonné par sa famille ; le problème de l'abandon fera l'objet d'un chapitre préliminaire.

86 - "les apports du droit comparé au droit civil" in le livre du Centenaire de la Sté de législation comparée Paris 1969.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

L'ABANDON EN FRANCE

19. - L'essor de l'adoption est lié au fait de l'abandon.

Dans un pays où aucun enfant ne serait abandonné, ou bien, où l'abandon serait interdit, il serait totalement inutile de légiférer sur l'adoption, d'où le dilemme posé par Mme Poinso-Chapuis (1): faut-il favoriser les abandons (à l'exemple du Canada), en vue de provoquer l'essor de l'adoption ou au contraire pousser les mères à garder leurs enfants et limiter ainsi les possibilités de l'adoption ?

1 - Congrès du groupement d'Action civique des professions juridiques 2 avril 1948, rapporté par M. Savatier "Une institution civile en euphorie : l'adoption devant le Parlement français" D.1949.J.117.

En France, à l'heure actuelle, l'on peut constater que "la demande" d'enfants à adopter est plus considérable que "l'offre" d'enfants adoptables (2) ; mais, en même temps, que le nombre d'enfants présents dans les services d'Aide sociale à l'Enfance est en augmentation constante.

Pour comprendre cette situation, en apparence contradictoire, il faut savoir que la majorité des enfants dont l'Aide sociale a la charge ne sont pas adoptables ; qu'ils sont simplement confiés par leurs parents ou par l'autorité judiciaire ; que de plus, un grand nombre de ceux qui légalement rempliraient les conditions exigées ne peuvent, en fait, être confiés à une famille (même à une famille nourricière), car ils ont été recueillis tard, après avoir mené une existence qui les a perturbés.

A - SES CARACTERISTIQUES

20. - La situation actuelle peut se résumer en trois propositions : l'abandon à la naissance est en voie de disparition ; l'abandon différé est en augmentation ; les recueils d'enfants par décision judiciaire ou administrative se multiplient.

2 - Selon les expressions employées par M.P. Marmier (thèse préc. p. 41⁴ et s.) qui ajoute "la demande, en instance, au 1er juillet 1964, dans 83 départements et 9 oeuvres d'adoption (sur 22 à cette époque) s'élevait à 2.500". A noter que ce chiffre ne traduit pas la demande globale, mais seulement celle qui a été retenue.

Selon M. Zimmerman (Ass. Nat. 17 nov. 1965, J.O. 18 nov. p. 4689) "c'est 600 candidatures de parents adoptifs qui sont enregistrées dans le département de la Seine, pour une centaine environ d'enfants adoptables. Cette proportion de 6 contre 1 se retrouvant d'ailleurs à peu de choses près dans toute la France".

1°) L'abandon à la naissance est en voie de disparition.

L'abandon d'un enfant est licite en France, à condition qu'il s'entoure de formes légales.

Cette proposition, à première vue surprenante (3), de la part d'un pays dit civilisé, s'explique par le souci des pouvoirs publics de lutter contre l'avortement et l'infanticide (4). Seule l'exposition ou le délaissement d'un enfant dans un lieu solitaire sont punissables (5). Si cette forme d'abandon était encore en usage au siècle dernier (6), il n'en est plus de même aujourd'hui ; le bébé abandonné dans un couloir ou "confié quelques instants" à une personne complaisante et dont la mère ne revient jamais, n'est qu'une exception rarissime (7).

Depuis la loi du 24 juin 1904, et même avant, selon la pratique de certains départements (8), le tour (9) a été remplacé par le bureau d'abandon "ouvert

3 - et critiquée par certains.

4 - "le droit, l'amour et la liberté" par R. Savatier Paris 1963, p. 169 . Les tableaux de la Préfecture de Police pour l'année 1966 retiennent : 25 infanticides - 29 avortements - 3 arrestations pour infanticides, 131 pour avortements, 15 pour abandon d'enfants (extrait des Statistiques de la Direction de l'A.S. Enfance du département de la Seine année 1966 p. 17).

5 - 1 à 3 ans d'emprisonnement et 500 à 4.500 Frs d'amende par application de l'art. 349 du C. pénal ; 2 à 5 ans et 500 à 9.000 Frs, s'il s'agit des ascendants ou des personnes ayant autorité sur l'enfant ou l'incapable ou en ayant la garde (art. 350 du même Code).

6 - Dehaussy "L'assistance publique à l'enfance", thèse Paris 1948 p. 68) les chiffres à 25.000 par an.

7 - un cas en 1961, 3 en 1964, 1 en 1965, 0 en 1966, 3 en 1967 pour le département de la Seine (statistiques de la Direction de l'A. Soc. à l'enfance du département de la Seine année 1967 p. 20).

8 - Dehaussy op. cit. p. 118.

9 - "ingénieuse invention de la charité chrétienne, qui a des mains pour recevoir et qui n'a point d'yeux pour voir, point de bouche pour révéler". selon la définition de

de jour et de nuit" (10) ; il assure à la mère le secret (11) et à l'enfant l'admission provisoire dans un établissement dépositaire dépendant des pouvoirs publics (12).

La personne qui présente l'enfant peut refuser de faire connaître le nom, le lieu et la date de naissance de cet enfant ou ne fournir qu'une de ces trois indications (13). Dans le premier cas, aucune enquête administrative n'est ordonnée (article 55-1 du Code de la famille).

Cette forme délibérée d'abandon se fait rare, à l'heure actuelle ; en 1963, et pour toute la France (y compris les départements d'outre-mer), c'est seulement 1127 enfants, trouvés ou abandonnés, âgés de 0 à 1 an qui ont été recueillis par les services d'Aide sociale (14).

21. - Mais ceux-ci n'ont pas de monopole, l'abandon peut aussi se faire aux oeuvres d'adoption autorisées (15). Celles-ci recueillent principalement des nouveau-nés ou de très jeunes enfants ; elles sont soumises

10 - art. 55-1 du Code de la famille, inchangé en 1966.

11 - Ce secret concerne encore davantage le pupille puisqu'il s'agit pour lui de l'identité de ses auteurs, des circonstances de sa naissance et des raisons de son entrée dans le service. J.N. Arnion "L'aide sociale à l'enfance", Ed. juridiques et techniques 1958 n° 94.

12 - voir les formalités d'admission infra n°102 sous abandon, état réglementé.

13 - abandon dit à bureau secret, par opposition à l'abandon à bureau ouvert. En 1965, 39 enfants ont été abandonnés à l'A.S.E. de la Seine, sans que les parents se fassent connaître ; en 1967, 52 enfants ont été ainsi abandonnés : 49 ont été déposés par leurs parents et 3 ont été "exposés" en un lieu quelconque. (Stat. A.S.E. 1967 p.20).

14 - comptes communiqués par le Ministère de l'Aide sociale.

15 - 19 pour toute la France, la liste a paru en annexe à la circulaire du 7 fév.1967 relative à l'application des décrets n° 67-44 et 67-45 du 12 janv.1967 concernant le placement des pupilles de l'Etat en vue de leur adoption et le contrôle des oeuvres et intermédiaires d'adoption. (J.O. 5 mars 1967) - Voir cette liste en annexe, il faut y ajouter une 20ème oeuvre autorisée à fonctionner à Bordeaux par arrêté préfectoral du 29 déc. 1969. Annexe III

à une réglementation très stricte : régime de l'autorisation préalable (16), contrôle de fonctionnement dévolu à l'Aide sociale à l'Enfance (17).

Les mères qui préfèrent s'adresser à une oeuvre privée semblent le faire pour deux raisons principales (18) : espoir d'y trouver plus de chaleur humaine, plus de compréhension et d'aide morale, que dans un service forcément administratif ; certitude que l'enfant sera confié à une famille dans les meilleurs délais possibles, qu'il ne deviendra pas et pour combien de temps, "un numéro matricule"(19).

D'après les renseignements obtenus auprès de 10 oeuvres, qui ont répondu au questionnaire envoyé, 333 enfants avaient été recueillis par leur intermédiaire en 1966, et 268 légitimations adoptives réalisées (20).

22. - 2°) L'abandon différé. Phénomène social, en augmentation.

La forme actuelle de l'abandon est beau-

16 - Décret n° 67-45 du 12 janvier 1967 pris pour l'application de l'article 100-1 du Code de la famille relatif au contrôle des oeuvres d'adoption. J.O. 13 janv. 1967 - J.C.P. 1967.III.32647 - infra n° 215 et s.

17 - infra n° 217 et s.

18 - le processus d'abandon à une oeuvre, qui s'accompagne généralement de plusieurs entretiens, semble être le fait de catégories sociales plus évoluées ou plus conscientes, peut-être, de leurs responsabilités vis à vis de l'enfant.

19 - voir sur ce point, Michel Soulé "Problèmes psychologiques propres à la condition de pupille de l'Assistance publique à Paris", thèse médecine Paris 1953.

20 - les deux oeuvres les plus importantes "la Famille Adoptive Française" et "les Nids de Paris" ont réalisé depuis leur création en 1946 respectivement plus de 2200 adoptions (au 8 nov. 1967) et 1630 adoptions (au 1er juin 1970). En revanche, certaines oeuvres ne placent qu'un ou deux enfants par an.

coup plus nuancée, moins claire, mais aussi plus dangereuse pour l'enfant, car elle ne permet d'envisager pour lui, aucune solution définitive. Les parents expriment rarement leur volonté d'abandon ; ils cessent peu à peu de remplir les devoirs de la paternité.

Alors qu'au début du siècle, plus de 30 % des enfants abandonnés étaient âgés de moins d'un mois et que le nombre des enfants délaissés diminuait en fonction de leur âge, on a constaté qu'après 1950, au contraire, près de la moitié des enfants recueillis dans les services de l'assistance à l'enfance étaient âgés de plus de 5 ans (21).

On a pu parler d'une mutation profonde du problème de l'abandon (22). A l'heure actuelle, dans la

21 - AIDE SOCIALE DU DEPARTEMENT DE LA SEINE

Tableau de l'admission des enfants au Centre d'accueil Saint Vincent de Paul (pupilles et mineurs en garde définitive) suivant leur âge (Statistique 1966 p.17)

Age	:Totaux :	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
	:pour 10:	1957:	1958:	1959:	1960:	1961:	1962:	1963:	1964:	1965:	1966:	:
	: ans :	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
à 1 an	: 2.309 :	201:	244:	264:	233:	221:	173:	214:	218:	243:	238:	:
à 3	: 2.336 :	357:	304:	182:	174:	196:	192:	176:	260:	260:	221:	:
à 6	: 2.437 :	289:	189:	204:	182:	217:	229:	226:	331:	369:	267:	:
à 14	: 4.746 :	420:	334:	335:	436:	425:	437:	580:	648:	676:	676:	:
au-dessus de 14	: 2.108 :	113:	105:	103:	160:	179:	196:	273:	369:	448:	348:	:

plupart des cas, l'abandon se produit sous la forme d'un délaissement progressif.

23. - a) L'abandon dû aux circonstances de la naissance

S'il s'agit d'un nouveau-né (23), le processus est généralement le suivant : la mère place son enfant chez une nourrice privée ; elle vient le voir et paye sa pension régulièrement, puis peu à peu ses visites s'espacent (éloignement, dimanche occupée à d'autres "loisirs"), le versement du salaire de la nourrice devient intermittent, (la prime à la naissance s'est épuisée) ; après rappels de la nourrice suivie de plus ou moins d'effets, la mère disparaît (à moins qu'elle ne se contente de changer l'enfant de nourrice, et le processus recommence) et la nourrice, sauf si elle est très attachée à l'enfant et désire le garder (ce qui arrive fréquemment) demande son admission à l'Aide sociale à l'Enfance (24).

Cette forme d'abandon est liée à l'action psychologique et de dépistage des services sociaux et à la multiplicité des avantages et des secours accordés à la mère et à son enfant : allocations prénatales et prime à la naissance, allocations familiales, mais aussi secours de premier besoin (25), allocation mensuelle des enfants secourus (26), placement de l'enfant chez une nourrice choisie, rétribuée et surveillée par l'Aide sociale à l'Enfance (27), enfin hébergement en maison maternelle (28)

23 - enfant illégitime le plus souvent, soit mère célibataire, soit mère mariée, mais enfant adultérin.

24 - 55 admissions sur demande des nourrices, pour la Seine en 1966 (statistiques de l'A.S.E. p. 18).

25 - art. 52 du Code de la famille.

26 - art. 53 al. 1

27 - art. 53 al. 7

28 - art. 41, deux mois avant et trois mois après l'accouchement.

ou en hôtel maternel (29).

Cette législation protectrice a des effets heureux, mais selon l'expression de M. le Professeur Lelong, "Tout se passe comme si les mesures préventives d'abandon et la pratique qui s'en est inspirée n'avaient fait surtout que différer et rendre tardifs les abandons" (30).

Il ne faut pas oublier que les problèmes purement matériels immédiats ne sont pas les seuls qu'une mère doit surmonter pour élever son enfant, il s'y ajoute les préjugés sociaux ou familiaux, les difficultés professionnelles, le manque de logement, mais aussi des facteurs d'ordre personnel : réaction égoïste de la mère, son âge, son passé, son caractère (instabilité, passivité, carences de toutes sortes)... (31).

24. - Bien entendu, il faut tout mettre en oeuvre pour aider la mère qui veut garder son enfant et l'élever, et "toute pression la poussant à abandonner est criminelle", mais trop souvent le personnel social et médical n'a pas une attitude réaliste et objective, en face du problème de l'abandon (32).

29 - Les hôtels maternels sont dûs très souvent à l'initiative privée, ils accueillent la mère et son enfant pendant un an au maximum, après la naissance. Ils doivent permettre à la mère de travailler dans la journée, ou de recevoir une formation professionnelle accélérée, tout en retrouvant son enfant le soir.

D'après D. Ceccaldi (les institutions sanitaires et sociales de la France Paris 1966 p. 235) il y avait en France en 1965, 36 hôtels maternels comportant 850 places pour les mères et 877 pour les enfants.

30 - "Problèmes sociaux et affectifs posés par l'abandon d'un enfant" par le professeur Lelong, les Drs Soulé et Weyl Sauv. Enf. 1955 mai/juin p. 426.

31 - La misère n'est plus, par le fait du développement de la législation sociale, la cause essentielle de l'abandon, d'où la nécessité d'une certaine personnalisation des secours, qui doivent être accompagnées d'une aide sociale et psychologique, à poursuivre pendant longtemps.

Mmes Rauzy et Picquemard "la législation de l'Aide sociale" Toulouse 1955 p. 195.

32 - Sauv. Enf. 1955 op. cit. p. 438

Que penser de la pratique (33) des responsables de certaines maternités ou de services sociaux qui consiste, à obtenir systématiquement des mères qu'elles reconnaissent leur enfant à la naissance (34), de la carence des services sociaux de certaines maisons maternelles qui, pendant tout le séjour de la mère, ne se préoccupent nullement "de l'amener à prendre sérieusement conscience de son problème personnel et d'étudier, franchement, sincèrement, avec elle, comment elle peut le résoudre" (35).

Il ne sert à rien, par une aide sociale accrue ou des conseils moralisateurs, de pousser la mère à garder son enfant, s'il est à peu près certain que l'abandon sera inévitable dans un avenir prochain. Les maisons maternelles sont une création excellente, les hôtels maternels aussi, mais à une seule condition, c'est qu'ils ne deviennent pas un havre de quiétude (36), qui repousse, sans le résoudre le vrai problème, qui est celui de la réinsertion sociale de la mère et d'un avenir stable pour l'enfant.

33 - Sauv. Enf. 1955 préc. p. 439.

34 - la pression morale exercée sur celles-ci est telle, qu'elles préfèrent reconnaître "pour qu'en les laisse tranquilles" ; or, une mère qui a été convaincue de la culpabilité d'un acte d'abandon à la naissance ne prendra pas l'initiative de renoncer à ses droits de tutelle ensuite, même si elle délaisse complètement l'enfant. Selon M. le doyen Savatier, la question de la reconnaissance juridique de l'enfant par la mère, ne devrait être posée qu'après un temps de réflexion et d'information. (Sauv. Enf. janv/mars 1966 p. 92 "le juge, le droit positif et l'intérêt de l'enfant").

35 - Docteur Clément Launay avec la collaboration du Dr Soulé "l'adoption, ses données médicales et psychologiques" éd. sociales franç. 2ème éd. 1961 p. 40.

36 - La visite d'un hôtel maternel laisse une impression réconfortante et déprimante à la fois : organisation parfaite, propreté et lumière, agrément des services conçus pour ne donner à la mère que les joies de la maternité, mais non les soucis matériels, et aussitôt vient à l'esprit, la vie qui attend les mères à leur sortie : chambre sous les toits, hôtel meublé, placement sans doute de l'enfant chez une nourrice et visite le dimanche...

Les Directrices des hôtels maternels le savent bien, qui trient les candidatures par manque de places, certes, mais aussi afin de ne retenir que celles des mères qui, tout en ayant besoin d'une aide provisoire, semblent susceptibles d'assumer leurs responsabilités ensuite.

25. - Une enquête soigneuse, sociale et psychologique (37), faite si possible avant la naissance de l'enfant (38), devrait permettre aux responsables d'avoir avec la mère des entretiens libres et confiants, (au cours desquels le sort ultérieur de l'enfant serait envisagé avec lucidité), aboutissant à une décision définitive, en fonction non pas seulement des chances aléatoires de relèvement moral de la mère, mais aussi de l'intérêt réel de l'enfant, qui ne doit pas être sacrifié (39).

Car enfin, à quoi cela sert-il de repousser la date de l'abandon, si celui-ci est inéluctable à plus ou moins brève échéance, et alors que l'on n'ignore plus les effets très graves des traumatismes ou des carences affectives du nourrisson (40).

37 - D'après les résultats d'une enquête sociale, faite par le Dr Weyl, à la maison maternelle de l'Assistance Publique de la Seine, (rapportée par le Dr Launay, op. cit. p. 33) sur 50 mères célibataires faisant un séjour de quelques mois ; 1/4 seulement se préoccupait de l'avenir de leur enfant ; 1/4 ne souhaitait pas s'occuper de l'enfant et ne s'y intéressait pas ; 32% avaient déjà eu plusieurs enfants de pères différents, ils étaient généralement placés en nourrice et souvent, leur mère ne les avait pas vus depuis longtemps, "et cependant la plupart de ces femmes n'abandonnèrent pas". Presqu'inévitablement, ajoute le Dr Launay, ces enfants grossiront un jour le lot des imma-triculés tardivement.

38 - Au Canada, cette enquête aboutit à 50% environ de décisions d'abandon à la naissance.

S.P.E. mai 1961 p. 51 "Canada - La pratique de l'adoption".

39 - Cette décision devrait être prise, au plus tard, avant que l'enfant n'est atteint 6 ou 8 mois. Dr Launay op. cit. p. 41.

40 - J. Aubry "la carence de soins maternels" op. cit.

Ainsi la législation sociale pré et post natale, qui a certes des effets bienfaisants, ne semble pas exactement adaptée au but poursuivi : protéger l'enfant pendant les premiers mois de sa vie, en aidant sa mère est indispensable, mais insuffisant. Des lois sociales plus efficaces devraient être en mesure d'éviter toute cause d'abandon due aux pressions économiques (41). Des structures différentes devraient permettre à la mère d'élever son enfant sans recourir au placement en nourrice, peu propice à un attachement véritable, or les crèches sont insuffisantes en France, les logements décents ouverts aux mères célibataires inexistants (42).

Enfin, toutes les causes matérielles d'abandon supprimées, il resterait encore : le conformisme social, la réprobation de la naissance illégitime (43), le problème social de l'enfant sans père, et les difficultés de son éducation.

26. - b) L'abandon dû aux conditions de la vie

Lorsque l'enfant est plus âgé, le processus d'abandon débute généralement par une demande d'admission dans la catégorie des "recueillis temporaires" (44).

41 - Déb. Parl. Ass. Nat. 17 nov. 1965 (J.O. p. 4692) intervention de Mme Vaillant-Couturier.

42 - S.P.E. mai/août 1968 p. 159 obs. sous article consacré à l'hôtel maternel du Raincy-Villemomble.

43 - L'opinion publique, qui entoure de déconsidération la reconnaissance d'enfant naturel, confond la réparation avec la faute, il faut la critiquer, dit le Doyen Savatier, "accepter les responsabilités de mère est moins un aveu de cette faute qu'une réhabilitation morale, rendant à la maternité sa grandeur". "Le droit, l'amour et la liberté" op. cit. p. 173.

44 - ou par l'abandon de l'enfant dans un établissement de cure, où il avait été admis pour un temps limité.

L'article 48 du Code de la famille prévoit cette possibilité pour maladie, détention, hospitalisation du père, de la mère, des ascendants, pour appel sous les drapeaux du père veuf ou divorcé, et d'une façon générale toutes les fois que le mineur est privé de protection et de moyens d'existence (45) ; l'essentiel, pour les parents, est de convaincre le fonctionnaire de la nécessité de prendre l'enfant en charge (46).

La durée de ce recueil est variable, 10 jours à 3 semaines pour un accouchement, un ou plusieurs mois pour une maladie grave, un an, même si nécessaire, et même plus au cas de maladie mentale, de détention.

Le mineur est placé sous la protection du service et non sous sa tutelle, ses parents peuvent le reprendre à tous moments, et c'est heureusement, ce qu'ils font dans la majorité des cas. Mais trop souvent, à l'expiration du délai imparti, les parents "oublie" de venir rechercher leur enfant, ils ne répondent ni aux lettres, ni aux convocations, ou bien ils sont partis sans laisser d'adresse (47).

45 - sont aussi retenus : l'absence de logement, ou l'expulsion du logement, son insalubrité...

46 - Celui-ci rédige un procès verbal d'admission temporaire qui contient tous les renseignements permettant d'identifier les responsables de l'enfant et les raisons invoquées pour demander son admission. En outre les parents sont informés verbalement ou par écrit (l'A.S.E. de la Seine remet une notice écrite) de leurs obligations, de leurs droits (demander des nouvelles de l'enfant, lui rendre visite) et des conséquences qu'aurait leur silence aux convocations et lettres du service, leur absence d'intérêt pour l'enfant : possibilité d'une déclaration judiciaire d'abandon, permettant l'immatriculation de l'enfant comme pupille.

47 - généralement, les services font procéder à des recherches "dans l'intérêt des familles", mais ce n'est pas une obligation.

L'importance numérique des enfants recueillis est en augmentation constante, dans les services de l'Aide sociale à l'Enfance, alors que celle des pupilles diminue (48).

TABLEAU COMPARATIF
DES EFFECTIFS POUR LA METROPOLE ET L'OUTRE MER (49)

au 1er janvier de l'année	Pupilles (50)	Recueillis tempo- raires (51)
1960	63.354	35.579
1961	61.404	36.605
1962	58.652	35.871
1963	56.044	40.717
1964	54.285	40.515
1965	53.749	42.520
1966	51.614	44.544
1967	50.682	47.983
1969	46.939	51.476

48 - En 1911, 97 % des enfants recueillis par l'Assistance Publique, étaient immatriculés pupilles de l'Etat, 3 % seulement étaient confiés ; en 1959, les chiffres étaient de 48,5 % et 51,5 % d'enfants confiés. (Ass. Nat. 17 nov.1965, rapport Zimmermann).

49 - Chiffres communiqués par le Ministère des Affaires Sociales.

50 - A titre indicatif, détail par catégories des pupilles admis dans les services d'A.S.E., au cours de l'année 1963 : (Chiffres du Ministère des Affaires sociales)

trouvés ou abandonnés	orphelins	morale- ment abandonnés
2.097	810	1.532

51 - enfants recueillis en vertu de l'art. 48 al. 1 du Code de la famille, selon les critères traditionnels.

27. - Cette situation résulte d'un meilleur débistage des enfants en danger, de l'action préventive des services sociaux, qui interviennent en application du décret du 7 janvier 1959, mais elle provient aussi d'un contexte social et familial. Il est certes plus facile d'héberger provisoirement des enfants que de trouver un appartement décent pour loger la famille (52) ! Il est plus facile de confier ses enfants à des tiers plutôt que de les élever soi-même !

Afin de lutter contre l'abandon différé, M. le Professeur Lelong propose (53) d'approfondir par une enquête, avant toute admission d'un enfant, les véritables raisons sociales, affectives ou financières de la demande des parents et de rechercher la solution la plus adaptée, compte tenu des circonstances particulières et des véritables intentions des parents : S'agit-il d'un abandon déguisé, ou simplement de difficultés passagères ?

En effet, si l'on examine l'âge des enfants au moment du recueil, il apparaît qu'une bonne partie pourrait encore, en fait, bénéficier d'une adoption. Par exemple, en 1967, l'Aide sociale à l'Enfance du département de la Seine a recueilli à titre temporaire 4.607 enfants de moins de 3 ans (54). Parmi ceux-ci, combien ne seront jamais réclamés ? Le sort de ces enfants est bien souvent pire que celui des enfants formellement abandonnés, aucune

52 - Selon E. Charles, inspecteur divisionnaire de la population et de l'entraide sociale, l'arsenal législatif offre presque toujours au service la solution qu'impose l'intérêt de l'enfant : aide matérielle si les ressources sont insuffisantes, contrôle des allocations familiales, action éducative sur la famille etc... le recueil ne devrait intervenir que si les autres mesures sont inopérantes (La prévention de l'abandon et l'adoption" - Sauv. Enf. 1953 - n° 4 p. 415).

53 - Sauv. enf. mai/juin 1955 op. cit. p. 440.

54 - sur 11.423 recueils. Compte tenu des enfants repris par leur famille, les effectifs oscillent autour de 11.000 d'une année sur l'autre (Statistiques A.S.E. Seine, année 1967, p. 24).

décision définitive ne pouvant être prise à leur sujet ; on peut leur appliquer le mot cruel de Jules Renard, "tout le monde n'a pas la chance de naître orphelin" (55).

Pour mémoire, l'on peut ajouter aux enfants ainsi abandonnés par leurs parents, les orphelins sans parents et sans ressources. En droit leur adoption est possible, (ils sont immatriculés pupilles de l'Etat, sans aucun délai), mais, en fait, ils forment un groupe de peu d'importance numérique (56), dont l'adoption est rarement possible, car ils sont souvent âgés, au moment de leur admission (57) et ont des frères et soeurs ; il serait inhumain de les séparer (58). D'après le compte général du Ministère de la Justice, 134 orphelins ont été adoptés plénièrement en 1967 et 98 en 1968.

28. - 3°) Multiplication des recueils par décision judiciaire ou administrative.

Le nombre des enfants, soustraits à l'influence de leurs parents par une décision judiciaire ou en application du décret du 7 janvier 1959, est en augmentation constante.

Cela provient à la fois de la multiplicité et de la souplesse des mesures de protection et du dévelop-

55 - Poil de Carotte.

56 - En 1963, 910 enfants, dont 497 légitimes, ont été recueillis à ce titre par l'A.S.E.

57 - D'après M.P. Marmier (op. cit. p. 252) 83 % des orphelins immatriculés dans les services de 1954 à 1964 avaient plus de 6 ans, parmi ceux-ci 40 % avaient plus de 14 ans.

58 - Dans le cas de recueil de frères et soeurs d'âge différent, la formule, village d'enfants ou foyer familial, est la meilleure et devrait être multipliée ; elle a le mérite de conserver à ces enfants un foyer.

pement des services sociaux, qui permet un meilleur dépistage des mineurs en danger. Ces mesures sont proportionnées à la gravité des faits reprochés aux parents, soit qu'ils aient commis une faute les rendant inaptes à exercer l'autorité parentale, soit que leurs agissements ou leur inertie soient de nature à compromettre "la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation" de leurs enfants de moins de 21 ans.

Les insuffisances des parents sont dues à des causes multiples : instabilité économique : emploi intermittent, chômage, incapacité de prévoir l'avenir ou l'emploi de l'argent ; instabilité familiale : liaisons passagères, enfants de plusieurs pères ; insuffisance du logement, trop petit ou insalubre (59) entraînant promiscuité et maladies ; alcoolisme (60), quelquefois même débilité mentale...

Il faut distinguer :

29. - a) Les enfants recueillis à la suite d'une décision de déchéance de l'autorité parentale

Alors que sous l'empire de la loi du 24 juillet 1889 (titre I art. 1er), certaines condamnations pénales entraînaient de plein droit la déchéance de la totalité des droits "de la puissance paternelle", la loi relative à l'autorité parentale supprime cet automatisme, la déchéance devient toujours facultative pour le juge (art. 378 nouveau du Code civil). Elle est liée à une condamnation des père et mère comme auteurs, co-auteurs ou compli-

59 - voir les résultats d'une enquête sur la population des hôtels meublés de la région parisienne. Andrée Michel, op. cit. p. 282 et s.

60 - D'après le Dr Launay , l'alcoolisme est à incriminer dans 50 % des cas sociaux soumis à l'A.S.E. de la Seine ("L'enfant et la dissociation familiale". Sauv. Enf. déc. 1957 p. 1012).

ces d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, ou comme co-auteurs ou complices d'un crime commis par cet enfant. Elle sous-entend donc toujours une faute grave des parents vis à vis de leur enfant (61).

L'article 2 de la loi de 1889 qui prévoyait une déchéance facultative de la totalité ou d'une partie "des droits de puissance paternelle" est supprimé et remplacé par une disposition beaucoup plus générale (art. 378-1 nouveau). Dorénavant, la déchéance peut être prononcée en dehors de toute condamnation pénale : lorsque les père et mère mettent en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant, "soit par de mauvais traitements, soit par des exemples pernicioeux d'ivrognerie habituelle, d'inconduite notoire ou de délinquance, soit par un défaut de soins ou un manque de direction" ; lorsqu'à la suite d'une mesure d'assistance éducative, ils se sont volontairement abstenus, pendant plus de deux ans, "d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7" (62).

Le tribunal peut prononcer un retrait total ou partiel des droits de l'autorité parentale ; il peut limiter l'effet de cette mesure à certains enfants (la décision n'englobe plus les enfants à naître) ; il a un très grand pouvoir d'appréciation.

Lorsque le jugement emporte des effets vis à vis des deux parents, ou lorsque l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale (63),

61 - Elle peut s'appliquer aussi aux ascendants, autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui leur revient (art. 378 dernier alinéa).

62 - Cet article énumère les droits que les père et mère conservent et les devoirs qui leur incombent lorsque leur enfant est soumis à une mesure d'assistance éducative.

63 - ou même lorsque la déchéance n'emporte des effets que vis à vis de l'un des parents.

le tribunal devra, comme par le passé, organiser la garde de l'enfant ; le plus souvent, il le confiera au service départemental de l'Aide sociale à l'Enfance (64). Or tout enfant dont les parents ont été déchus de l'autorité parentale et dont la tutelle a été confiée à l'Aide sociale est immatriculé pupille de l'Etat de plein droit (65), il devient donc adoptable (66).

Toutefois, compte tenu des difficultés d'ordre psychologique et médical (enfant d'un milieu taré, déficient ou perturbé) et de la possibilité d'une restitution aux parents, l'adoption de cette catégorie de pupilles est difficile.

La loi a toutefois voulu y remédier : d'une part en décidant que la demande de restitution serait irrecevable, toutes les fois que l'enfant serait placé pour adoption, avant le dépôt de la requête (67), d'autre part en diminuant le délai imposé aux parents pour former leur demande en restitution : de trois ans (68), il passe à un an (69), ainsi la situation de l'enfant devrait être clarifiée plus rapidement.

64 - toutefois, ce n'est pas la seule solution prévue, le tribunal peut désigner un tiers qui assumera provisoirement la garde, à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle.

65 - par application de l'art. 50-6° du Code de la famille.

66 - art. 368 ancien, art. 347 nouveau.

67 - art. 16-1 ajouté à la loi du 24 juill. 1889 par la loi du 11 juill. 1966, devenu l'art. 381 al. 2 in fine du C.C., après la réforme de l'autorité parentale.

68 - art. 15 de la loi de 1889.

69 - art. 381 du C.C. (loi du 4 juin 1970) ; mais à l'appui de leur demande, les parents doivent justifier "de conditions nouvelles". En outre, cette demande peut être renouvelée après un délai d'un an, mais si le tribunal a refusé une fois....

Cependant, sauf lorsque l'enfant est trop jeune pour avoir subi l'influence du milieu familial, il n'apparaît pas que ces dispositions puissent avoir une grande influence sur la pratique des services d'Aide sociale.

30. - b) Les enfants recueillis (70) à la suite d'une cession volontaire ou imposée des droits de l'autorité parentale (71).

La cession volontaire suppose que les parents aient confié la charge du mineur de 18 ans à l'Aide sociale à l'Enfance, à un établissement agréé ou à un particulier "digne de confiance". Elle résulte toujours d'un jugement du tribunal de grande instance (art. 376 du C.C.).

La demande doit en être faite conjointement par les père et mère (ou par le tuteur autorisé par le conseil de famille) et par le gardien de l'enfant. La décision emporte transfert des droits abandonnés par les parents au profit du gardien.

La délégation peut aussi être accordée, à la seule requête du délégataire, lorsque les parents se sont désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an.

La cession volontaire était la procédure employée par les oeuvres d'adoption, avant la réforme de 1966, pour obtenir du tribunal l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant abandonné reconnu (72). Elle ne présente guère d'intérêt, puisque la délégation ne comprend

70 - Ces enfants ne peuvent plus être immatriculés depuis 1966. Ils sont peu nombreux, 378 admis en 1952, 461 en 1954, par exemple (Prof. Christians "les enfants abandonnés" Sauv. Enf. mai/juin 1962).

71 - par application des art. 376 et s. du C.C., qui ont repris, pour l'essentiel, les dispositions du titre II de la loi du 24 juill. 1889.

72 - Généralement, le tribunal déléguait les droits de l'autorité parentale à l'Aide sociale à l'enfance et en remettait l'exercice à l'oeuvre.

plus le droit de consentir à l'adoption (73) ; le consentement à l'adoption est une procédure plus rapide et sûre.

31. - La cession imposée est utilisée lorsque l'enfant est recueilli sans l'intervention des père et mère ou du tuteur.

Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1889, une déclaration de recueil devait être faite au maire de la commune où l'enfant avait été recueilli (à Paris au commissaire de police de l'arrondissement) ; elle entraînait une enquête de police et une notification aux parents, dans la mesure où ils étaient retrouvés ; trois mois plus tard, la requête pouvait être déposée.

La loi relative à l'autorité parentale organise un régime légèrement différemment. Elle soumet la délégation à une déclaration à "l'autorité administrative du lieu" (74) ; cette déclaration doit être faite dans les huit jours du recueil et l'avis aux parents ou au tuteur délivré dans le mois qui suit ; cette notification ouvre un nouveau délai de trois mois, à l'expiration duquel, si les parents n'ont pas réclamé l'enfant, la requête peut être déposée ; quelque soit le requérant, le tribunal peut décider, dans l'intérêt de l'enfant, et après avoir entendu les parents (ou les avoir appelés), que l'autorité parentale sera déléguée au service de l'Aide sociale.

Les oeuvres employaient ce processus, tout au moins dans sa phase administrative. Après trois mois de recueil, les parents n'ayant généralement pas donné signe

73 - Le consentement à l'adoption était donné par l'oeuvre avec l'accord du conseil de famille des pupilles de l'Etat (ancien art. 350 al. 2), or par application de l'art. 17 al. 4, ajouté par la loi de 1966 à la loi du 24 juill. 1889, et devenu l'art. 377 - 3 du C.C. cela n'est plus possible.
74 - sans préciser de laquelle il s'agit.

de vie, l'enfant était confié aux adoptants (75), qui commençaient immédiatement la procédure de légitimation adoptive. Ainsi la délégation judiciaire n'était pas nécessaire.

L'Aide sociale à l'Enfance recourrait peu à la procédure de délégation forcée et les enfants immatriculés à ce titre étaient peu nombreux depuis 1958 (76). En effet, les magistrats répugnent à prononcer des mesures aussi graves, considérées en droit français comme "une déchéance" et non comme "une protection de l'enfant en danger", et préfèrent assurer la protection de l'enfant dans le cadre de l'assistance éducative (77).

En outre, ces enfants peuvent difficilement être donnés en adoption, compte tenu de leur âge, de leur état de santé souvent, et des perturbations de leur vie familiale antérieure.

32. - c) En revanche, le nombre des mineurs placés sous la surveillance ou sous la protection de l'Aide sociale à l'Enfance ne cesse d'augmenter.

75 - dorénavant, cette remise est soumise à un consentement du conseil de famille, par application de l'art. 351 nouveau - infra n° 248

76 - Admissions par années des pupilles "moralelement abandonnés" appellation donnée par l'Aide sociale à l'Enfance aux enfants immatriculés en vertu des titres I et II de la

=====							
:	:	:	:	:	:	:	:
: 1940 :	1944 :	1947 :	1949 :	1954 :	1956 :	1962 :	1963 :
:-----:	-----:	-----:	-----:	-----:	-----:	-----:	-----:
: 2335 :	2956 :	3142 :	3565 :	2876 :	2861 :	1381 :	1532 :
:	:	:	:	:	:	:	:
=====							

loi du 24 juill. 1889. Au 1er janvier 1969, ces enfants étaient au nombre de 14.551 dans les services.

77 - D'après le compte général de la justice, en 1967 les tribunaux ont prononcé 459 déchéances de puissance paternelle.

Il s'agit plus spécialement :

- des enfants admis dans les services d'Aide sociale, comme "recueillis temporaires", par application du décret du 7 janvier 1959, qui confie une action sociale à but préventif, au directeur départemental de l'Action sanitaire et sociale sous l'autorité du préfet, dans le cas où les conditions d'existence de la famille risquent de mettre en danger "la santé, la sécurité, ou la moralité" des enfants (78).

- des enfants dits "en garde", soit qu'ils aient été confiés au service, à la suite d'une mesure prise par le juge des enfants, en application des articles 375 et suivants du Code civil (assistance éducative) (79), soit qu'ils aient été enlevés à leurs parents, à la suite d'une mesure de retrait d'une partie des droits de puissance paternelle (80) (mais sans que la tutelle ait été déféré au service de l'Aide sociale), ou à la suite d'une décision pénale rendue à l'encontre du mineur, dans le cadre de l'ordonnance du 2 février 1945. A noter que les enfants "en garde" ne sont pas plus adoptables, en l'état, et pour les mêmes raisons, que ceux recueillis à la suite d'une cession volontaire ou imposée des droits de l'autorité parentale.

Si les enfants "en garde" et "les recueillis temporaires" ne sont pas "abandonnés" au sens commun du terme, leur situation est caractérisée par un relâchement plus ou moins définitif et imposé des liens qui les unissent à leurs parents, et qui se traduira le plus souvent par un abandon de fait à plus ou moins brève échéance.

78 - art. 48 al. 2 du Code de la famille (inchangé).

79 - art. 49 al. 2 du Code de la famille.

80 - art. 49 al. 1 du Code de la famille.

Quelques chiffres :

(81)

=====			
au 1er janvier	Recueillis tem- poraires décret	Enfants en garde	
de l'année	du 7 janv.1959	loi 1889 et art. 375 et s. ord. 2/2/1945 du Code civil	
-----	-----	-----	-----
1962	8.145	27.790	18.511
1963	10.745	26.229	29.154
1964	13.108	26.160	37.853
1965	13.787	24.118	50.283
1966	16.287	21.571	60.863
1967	17.543	20.542	78.616
1969	22.861	17.125	87.059
:	:	:	:
:	:	:	:
=====			

La majorité de ces enfants, ainsi que les enfants abandonnés tacitement par leurs parents, sont, à la différence, des enfants secourus, surveillés ou des mineurs en danger moral, "élevés" par les services de l'Aide sociale à l'Enfance (82).

33. - Combien parmi eux connaîtront le bonheur d'avoir une famille, d'être un enfant comme les autres(82bis)

81 - Chiffres communiqués par le Ministère des Affaires sociales.

82 - Effectifs au 1er janvier 1969 :

-enfants secourus..... 238.895
 -enfants surveillés (loi du 24 juill.1889)et
 -enfants placés par intermédiaires 14.551
 -enfants surveillés, au titre de l'action
 éducative, exercée par l'A.S.E..... 54.301
 -enfants surveillés, au titre de l'action
 éducative, exercée par des services privés 49.500
 -enfants en danger moral, mais confiés à des
 particuliers ou des institutions privées,
 par application des art. 375 du C.C. (pri-
 se en charge par l'A.S.E.)..... 39.955

82 bis - voir le très beau film de Maurice Pialat "l'en-
 fance nue".

Bien peu, si l'on compare les effectifs des enfants immatriculés, en garde et recueillis temporaires, aux adoptions et légitimations adoptives réalisées en France chaque année.

Ces effectifs, qui sont en augmentation constante (83), étaient au 1er janvier 1967 de 207.366 enfants pour la métropole et les départements d'outre mer. Certes, ils comprennent des enfants, qui précisément ne sont pas adoptables, mais il faut bien admettre que la disproportion du nombre des enfants plus ou moins délaissés (selon les catégories) et du nombre des adoptions est très grande, et que cela est anormal.

TABLEAU DES LEGITIMATIONS ADOPTIVES ET
DES ADOPTIONS REALISEES DE 1957 à 1967 (83)

=====						
PUPILLES			AUTRES ENFANTS			
-----			-----			
			Adoptions			

Années	Adoptions	Lég. adopti- ves	enfant ayant déjà un lien de parenté (84)	non pa- rent ou parenté non indi- quée	Lég. adoptives	

1957	545	784	723	1173	855	
1958	516	855	668	1117	803	
1959	534	1100	656	998	703	
1960	535	1092	688	1030	838	
1961	534	1189	811	1096	777	
1962	655	1066	630	1052	629	
1963	477	956	765	886	587	
1964	517	1097	898	1056	626	
1965	536	1057	954	968	603	
1966	560	963	857	961	724	
=====						

83 - Compte établi par le Ministère de la Justice. La réforme de l'adoption étant entrée en vigueur le 1er nov. 1966, l'année 1966 appartient en fait au régime ancien.

84 - ces enfants recueillis par un membre de leur famille n'

B - LE REGIME DES ABANDONS ET L'AVENIR DE L'ADOPTION.

34. - Les pupilles de l'Etat forment un pourcentage appréciable des enfants adoptés, avec une préférence marquée pour la légitimation adoptive, ce qui se comprend: les services d'Aide sociale, confiant des enfants sans attaches familiales, veulent qu'il leur soit donné un véritable statut d'enfant légitime. Ce souci est partagé par les oeuvres d'adoption, et il y a tout lieu de penser que les chiffres évolueront encore dans ce sens, avec la suppression de l'adoption avec rupture des liens.

Si l'on compare les chiffres des adoptions et des légitimations adoptives des enfants non pupilles de l'Etat, il est à noter que la proportion se renverse. Les légitimations adoptives sont toujours réalisées au profit d'enfants abandonnés, le plus souvent probablement par l'intermédiaire des oeuvres d'adoption, mais les adoptions sont supérieures en nombre. Le Compte général de la Justice ventile celles-ci suivant le lien de parenté qui rattache l'adopté à la famille ; il ne distingue pas s'il y a rupture ou non des liens.

D'après le tableau, presque la moitié des adoptions (simples) traduit un lien de parenté préexistant, et il n'est pas certain que ce lien soit absent de l'autre moitié (85). Cette proposition paraît en dessous de la

85 - Compte général de la Justice :

Classification des adoptions simples par les liens de parenté

: Année	: enfant naturel	: enfant naturel et reconnu	: neveux et nièces	: autres parents	: beaux-fils et belles-filles	: non parents	: TOTAL
:	: nu	: connu	:	:	:	: non indiquée	:
: 1967	: 152	: 93	: 201	: 141	: 642	: 661	: 1890
: 1968	: 130	: 78	: 221	: 134	: 662	: 549	: 1774

réalité, d'après M. P. Larmier (86) "l'analyse des dossiers permet (cependant) de supposer, sans grande marge d'erreur, que la proportion d'étrangers à la famille, dans cette forme d'adoption, n'atteint pas 10 %". On y trouve l'adoption des enfants naturels (16 %), des neveux ou d'autres parents (41 %) et surtout l'adoption de l'enfant du conjoint (60 %). Dans ces hypothèses, l'enfant n'est pas abandonné, il ne l'a jamais été, il s'agit seulement de créer ou de raffermir des liens juridiques, alors que les liens affectifs existent déjà et que l'enfant était déjà élevé dans la famille.

Le nombre de ces adoptions ira probablement en diminuant, compte tenu des facilités apportées en 1966 pour réaliser l'adoption plénière (87): en particulier, élévation à 15 ans de l'âge limite pour être adopté et même prolongation jusqu'à 21 ans, dans certaines conditions, et aussi suppression de l'exigence du mariage et possibilité d'adopter en présence d'enfant légitime avec une dispense du Président de la République. Les premiers chiffres connus depuis l'application de la réforme sont en ce sens, mais trop limités dans le temps pour permettre d'en tirer des conclusions définitives (88).

86 - thèse préc. p. 51.

87 - et de la disparition de l'adoption avec rupture des liens.

88 -

	PUPILLES		AUTRES ENFANTS	
Années	Adoptions simples	Adoptions plénières	Adoptions simples	Adoptions plénières
1967	416	1281	1474	958
1968	343	1612	1431	1006

Certes, le législateur a bien affirmé que l'adoption plénière n'était pas faite pour ces enfants, (en réservant le cas des enfants naturels et adultérins pour lesquels la situation d'enfant adopté présente des avantages), puisqu'ils ne sont pas abandonnés et qu'ils ont une famille ; en effet, sauf hypothèses très limitées (89), leur intérêt est de conserver des liens avec cette famille. Mais la propension à adopter est telle, le désir d'effacer le passé est si grand chez les adoptants, qu'ils voudront certainement profiter des facilités que leur accorde indirectement la loi.

Cependant tant que le droit français admettra l'adoption des majeurs (90) et que celle-ci correspondra à des réalités particulières, telles que le désir de transmettre un nom ou un patrimoine, cette forme d'adoption sera assurée de survivre. A la limite, elle peut être détournée et utilisée pour transmettre à prix d'argent un nom noble ou célèbre, mais le plus souvent, elle a pour but de traduire l'affection qu'adopté et adoptant se sont témoignés pendant de nombreuses années. L'établissement de la filiation adoptive survient généralement après un long recueil, quelquefois même après le mariage de l'adopté. On a même pu se demander "si une certaine appréciation des mérites de l'adopté, si une certaine notion de récompense n'entrent pas dans cette forme d'adoption" (91).

35. - Tout compte fait, ce ne sont pas les candidats adoptants qui font défaut (92), mais les enfants adoptables.

89 - voir infra, adoption de l'enfant du conjoint, n° 200

90 - Le droit anglais ne connaît que l'adoption des mineurs; le droit israélien également (l'adopté doit être âgé de moins de 18 ans).

91 - M.P. Marmier, op. cit. p. 62.

92 - deux ans d'attente est un délai minimum dans la plupart des oeuvres d'adoption, certaines mêmes ne prennent aucune demande nouvelle.

Les raisons de cette situation paradoxale sont multiples et mal connus : législation sociale pas toujours adaptée, insuffisante aussi (en matière de logement par exemple); parents indifférents, imbus de leurs droits, mais ignorant leurs devoirs ; opinion publique mal informée des problèmes de l'abandon et réticente en face de l'adoption ; antinomie, apparente tout au moins, entre l'aspect social du problème, axé sur l'intérêt de l'enfant et même de la société (enfant abandonné égale trop souvent enfant inadapté) et l'aspect juridique, soucieux avant tout de garantir "les droits" de la famille par le sang, d'éviter tout conflit, de multiplier les précautions; enfin inadoptabilité de nombreux enfants, due à leur âge, leur état de santé (93)...

Ainsi les chiffres des adoptions réalisées dépendent de trop de facteurs pour que la seule promulgation d'une loi puisse les infléchir grandement et croire, comme certains parlementaires, que la loi du 7 juillet 1966 devrait avoir pour effet de doubler le nombre des enfants adoptables (94) paraît assez utopique, tout au moins dans l'immédiat. Mais les pouvoirs publics se préoccupent de ces problèmes. C'est ainsi que Mlle Dienesh, secrétaire d'Etat à l'Action sociale, a créé en mars 1970, un groupe de travail sur les problèmes posés par l'abandon des enfants et les mesures à prendre pour assurer leur intégration dans la société, en particulier par l'adoption.

Cependant, l'efficacité et les raisons d'être de la réforme ne peuvent être limitées à une vue statistique de la question. Sa valeur juridique, son rôle social et familial justifient à eux seuls, s'il en était besoin, son intérêt.

93 - D'après l'enquête menée par la Commission instituée auprès du ministère de la Justice pour l'étude des problèmes relatifs à l'adoption, plus des 2/3 des pupilles présents dans les services étaient inadoptables, juridiquement, médicalement et socialement.

94 - Ass. Nat. intervention de Mme Launay, séance du 17 nov. 1965.

PREMIERE PARTIE

LES CONDITIONS DE L'ADOPTION

36. - Greffer un enfant affectivement et juridiquement sur une famille qui lui est étrangère est un acte aux conséquences irrémédiables. Si "l'adoption réussie" est un excellent remède à l'enfance abandonnée et malheureuse, "l'adoption manquée" entraîne chez l'adopté rejeté ou révolté un trouble très grave.

L'adoption doit donc être minutieusement préparée; aussi le législateur a-t-il consacré toute la première section du chapitre Ier du titre huitième du Code civil aux "conditions requises pour l'adoption plénière". Celles-ci s'apprécient dans la personne de l'adopté et dans celle de l'adoptant, d'où la division en deux titres de cette première partie.

Les conditions juridiques seules sont traitées dans la loi, les conditions proprement humaines et inhérentes à la personnalité des intéressés dans les textes réglementaires ; toutefois, elles sont inséparables et elles seront examinées successivement.

L'enfant adoptable est celui qui n'a plus d'attaches avec sa famille par le sang et qui remplit des conditions d'âge, de santé, permettant d'envisager avec faveur son insertion dans une famille. Le parent adoptif n'est pas tout homme ou toute femme (en principe) sans descendance légitime et de bonne volonté, il doit présenter des qualités essentielles pour assurer le bonheur d'un enfant.

TITRE I

LES ENFANTS ADOPTABLES

37. - L'adoption n'est pas un moyen de "redistribuer" les enfants, mais de donner aux enfants qui en sont dépourvus, une famille qui prendra soin d'eux. Lorsque celle-ci est inconnue ou lorsque l'enfant est orphelin, l'adoption sera possible de plano, mais peu d'enfants, et c'est heureux, connaissent cette triste situation. Dans beaucoup de cas, les liens avec la famille sont seulement distendus ou intermittents ; or l'institution s'adresse à l'enfance malheureuse, elle doit donc être, non pas limitée aux enfants strictement sans famille, mais ouverte à tout enfant délaissé.

La difficulté consiste alors à définir ce qu'est un enfant abandonné et comment l'on décidera qu'il est abandonné.

La loi du 11 juillet 1966, dans le but de "multiplier" les enfants adoptables, de donner le plus tôt

possible une insertion familiale à l'enfant et de prévenir tous conflits entre familles d'origine et famille d'accueil, a prévu trois procédés.

La disponibilité de l'enfant pour l'adoption peut résulter de la volonté formellement exprimée par les parents ou par le conseil de famille. Le consentement familial n'est pas seulement requis comme élément constitutif de l'acte d'adoption, il traduit l'abandon de l'enfant. Ce pouvoir donné aux parents de modeler la filiation de leurs enfants est en contradiction avec le principe de l'immovibilité de l'état des personnes et avec les règles impératives du droit de la filiation, il trouve sa seule justification dans l'intérêt de l'enfant, qui pourra ainsi être placé plus rapidement dans une famille adoptive, selon le vœu que ses parents ont exprimé en consentant.

L'abandon, condition essentielle de l'adoption, peut aussi résulter d'une décision administrative ou judiciaire : l'immatriculation de l'enfant au nombre des pupilles de l'Etat ou la déclaration d'abandon, émanant du tribunal de grande instance.

Les pupilles de l'Etat représentent, en nombre tout au moins, un potentiel non négligeable d'enfants adoptables, mais en fait, ce potentiel reste assez limité. Afin de pallier aux risques de réclamations abusives ou aux immatriculations précipitées, la loi de 1966 a défini avec plus de précisions les différentes catégories de pupilles et a même enlevé à l'autorité administrative le droit d'immatriculer de plein droit les enfants, dont la situation juridique était imprécise. Enfin, elle a mis à la charge du service de l'Aide sociale à l'Enfance, l'obligation de placer pour adoption tout pupille, dont l'âge et l'état de santé le permettent.

Les enfants déclarés abandonnés par l'autorité judiciaire représentent la dernière catégorie d'enfants adoptables énumérée dans l'article 347 du Code civil. Dans l'esprit du législateur, et afin de remédier au problème de l'abandon différé, de nombreux enfants devraient "bénéficier" de cette procédure. Une seule condition est exigée, en principe : que les parents se soient manifestement désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an. En confiant à l'autorité judiciaire la mission de déclarer l'enfant abandonné et disponible pour une adoption, il est remédié à l'impossibilité de cerner l'abandon, notion de fait, par des formules abstraites.

Les cas douteux d'abandon trouveront ainsi leur solution devant le juge des libertés familiales, à qui il appartiendra, après avoir entendu les parents, de décider s'il convient de leur retirer définitivement et irrévocablement leur enfant. Pouvoir redoutable que l'Etat donne à ses magistrats, pouvoir en accord avec les interventions de plus en plus nombreuses de la puissance publique à l'intérieur du cercle familial, et dont l'exemple le plus récent peut être trouvé dans la loi relative à l'autorité parentale.

De l'ensemble des dispositions légales, le législateur espère l'augmentation du nombre des enfants adoptables, mais surtout, la suppression de tout risque de conflits entre famille par le sang et famille adoptive.

La situation d'abandon de l'enfant sert de clé de voute à tout le système légal, toutefois, elle n'est pas suffisante pour que l'adoption soit réalisable. Pour le bonheur de l'enfant et l'épanouissement de la famille adoptive, il s'y ajoute un certain nombre de conditions matérielles : conditions d'âge, de santé... Leur étude qui nécessite des développements beaucoup moins poussés fera l'objet d'un chapitre II, alors que le chapitre I étudiera les trois catégories légales d'enfants adoptables.

CHAPITRE I

LA DETERMINATION PREALABLE DE L'ENFANT ADOPTABLE.

38. - Le régime antérieur présentait des inconvénients, dont l'un des plus graves était l'incertitude de la notion d'enfant adoptable : d'une part, il ne donnait aucune définition de l'enfant abandonné en fait ; d'autre part, même lorsque les parents avaient abandonné formellement leur enfant, les tribunaux estimaient que cette renonciation à tout droit sur l'enfant n'était pas suffisante, si "la situation de fait n'était pas bien caractérisée" (1).

Autrement dit, si l'acte d'abandon ne s'accompagnait pas d'un ensemble de faits, matérialisant d'une façon permanente et durable la volonté d'abandonner

1 - Grenoble, 12 mai 1948, S. 1948.2.128, rev. trim. 1948 464 obs. Lagarde, G.P. 1948.2.31 et Grenoble 1ère Ch. 19 janv. 1949 préc. confirmé par C.C. 7 mai 1957 préc.

l'enfant, les tribunaux ne prononçaient pas la légitimation adoptive. Cette position se fondait implicitement sur l'interdiction de renoncer aux droits extra patrimoniaux attachés à la personne, tels que l'état, l'autorité parentale (2) et également sur la théorie des vices du consentement : les parents pouvant avoir subi des pressions diverses, matérielles ou morales, et avoir consenti, sous la condition tacite, "sauf retour à meilleure fortune".

Certaines espèces retentissantes, dont les tribunaux ont eu à connaître, prouvent, que les circonstances ayant changé (mariage avec le père de l'enfant, impossibilité d'avoir un autre enfant, par exemple) il arrive, après un certain laps de temps, qu'une demande de restitution soit faite par les parents par le sang (3).

Le législateur a voulu prévenir ces situations, soit en précisant certaines dispositions existantes, soit en cherchant par une construction juridique nouvelle à remédier aux situations de fait, tout en permettant à un plus grand nombre d'enfants de bénéficier des bienfaits de l'adoption.

Ainsi sont dorénavant adoptables, trois catégories d'enfants : (4)

1°) les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à

2 - Encycl. Dalloz v° Puiss. Paternelle n° 17 ; Tribunal Civil Dôle 9 mars 1949 - J.C.P. 1949.II.4910, rev. trim. 1949 p. 402 obs. Lagarde. La mère naturelle d'une fillette l'avait abandonnée par acte notarié, en précisant que cet abandon avait "un caractère définitif et irrévocable". Les époux Nicey ont été déboutés de leur requête en légitimation adoptive, au motif qu'aucun principe juridique ne pourrait, en l'absence de textes, empêcher la mère de révoquer ultérieurement son abandon.

3 - affaire Novak - affaire Péron - affaire Marinopoulos.

4 - art. 347 du G.C.

l'adoption.

2°) les pupilles de l'Etat

3°) les enfants déclarés judiciairement
abandonnés.

La "disponibilité" de l'enfant pour une adoption pourra résulter : soit de la volonté formellement exprimée par ses parents ; soit à défaut de ce consentement parental et si la situation de l'enfant entre dans une catégorie précise, d'un acte de la puissance publique ; soit, enfin, dans les cas ne se prêtant à aucune définition préalable, d'une décision de l'autorité judiciaire.

SECTION I

LES ENFANTS POUR LESQUELS LES PARENTS ONT CONSENTI.

39. - Sous l'empire de la législation antérieure, seul était prévu et aménagé le consentement des parents, en cas d'adoption simple (5). Il paraissait en effet, inconcevable que des parents puissent consentir, la tête froide, à céder définitivement et sans aucune restriction tous droits sur leur enfant, dans le but de le faire élever par d'autres et de l'intégrer à une autre famille.

Régime antérieur : la déclaration formelle d'abandon.

Pour répondre à une nécessité sociale, il avait bien fallu aménager, en fait, le recueil de l'enfant, dont les parents refusaient d'assumer la charge, tout en l'ayant reconnu.

Dans le cas de remise définitive, l'Aide sociale à l'Enfance ou une oeuvre autorisée faisait signer aux parents (généralement il s'agissait de la mère) une déclaration formelle d'abandon (6).

5 - art. 348 ancien.

6 - en pratique, la même déclaration était signée par la mère, qui abandonne l'enfant sans l'avoir reconnu en droit, lorsque c'était elle qui amenait son enfant .

Normalement, cette déclaration permettait au bout d'un mois d'immatriculer l'enfant comme pupille, s'il avait été remis à l'Aide sociale à l'Enfance, puis de le placer un an plus tard dans une famille pour le faire adopter (7). L'immatriculation étant définitive, le placement étant, d'autre part secret, la coupure était totale sous réserve de l'article 64 ancien du Code de la famille et de l'Aide sociale (8).

Les oeuvres, elles, plaçaient généralement l'enfant dès le premier mois, d'une part pour répondre aux désirs des adoptants de recueillir un nouveau-né, et ainsi de se rapprocher le plus possible des conditions physiologiques de la naissance, d'autre part pour éviter des frais très lourds de fonctionnement. Aucune réglementation ne précisait pour l'oeuvre la conduite à tenir vis à vis de la mère.

La procédure était la suivante : l'oeuvre demandait en justice que l'autorité parentale soit déléguée à l'Aide sociale, l'exercice du droit lui en étant confié ; trois mois plus tard, elle introduisait une requête en vue de voir homologuer l'abandon et obtenir, l'exercice de tout ou partie de l'autorité parentale ; une enquête avait lieu pour vérifier la réalité de l'abandon (9).

7 - Dans le cas, où le Service désirait sous la pression des adoptants éventuels le placer plus tôt, il devait obligatoirement en informer les parents au moment de l'acte d'abandon.

8 - art. 64 al. 1 "L'enfant réclamé par ses parents peut leur être rendu si le tuteur estime, après avis du conseil de famille, que la remise est dans l'intérêt de l'enfant".

art. 64 al. 4 "Toute demande de remise concernant un enfant adopté par des particuliers avec consentement du conseil de famille ou légitimé adoptivement est irrecevable".

9 - "En fait, bien avant l'homologation, l'enfant a pu être placé par l'oeuvre en vue d'adoption, et aussitôt après l'homologation, la procédure d'adoption peut commencer".

note Dr Clément Launay, et Dr Soulé "L'adoption" op. cit. 1ère éd. Paris 1954 p. 16.

Le fonctionnement des services d'Aide à l'Enfance, comme celui des oeuvres privées sérieuses, permet de constater que toutes les fois que les circonstances le permettent, c'est après plusieurs entretiens avec un personnel spécialisé et compétent (assistantes sociales, Directrice de l'oeuvre) que la décision d'abandon est prise par la mère ; elle présente, à ce moment là tout au moins, des garanties certaines de sincérité. Dans de nombreuses hypothèses l'acte d'abandon exprès sert de prélude à l'adoption. Pourquoi alors, ne pas régler avec l'accord des parents, la situation juridique de l'enfant, afin de permettre son placement plus rapide et la réalisation de l'adoption dans des conditions optima ? Le législateur a traduit cette idée dans les articles 348 et suivants de la loi nouvelle.

Régime nouveau : le consentement à l'adoption.

40. - Par une déclaration unilatérale de volonté, les parents vont consentir à l'adoption de leur enfant, en même temps qu'ils le remettent à l'Aide sociale à l'Enfance, à une oeuvre autorisée, ou à une personne dénommée.

Cette déclaration est conforme au principe de l'autonomie de la volonté : la liberté des parents est entière, quant à leur droit de consentir ou non lorsqu'ils remettent leur enfant (10) ; en revanche elle est limitée par la loi quant au contenu et aux conséquences de leur engagement.

Cette limitation s'explique par la dérogation de l'article 348 alinéa 1 à l'interdiction générale

10 - les services d'Aide sociale acceptent les enfants simplement confiés temporairement.

de renoncer aux droits extra patrimoniaux attachés à la personne et spécialement à l'autorité parentale (art. 376 du Code civil) et par la gravité de ce consentement, entraînant abandon quasi définitif de l'enfant, sans aucun contrôle judiciaire.

Cependant, si en matière contractuelle, et surtout dans les actes formalistes, la volonté est irrévocable ; ici, la loi protège cette volonté, et afin d'être sûre qu'elle soit consciente et permanente, atténue le principe d'irrévocabilité, en donnant aux parents un délai de rétractation de trois mois (11). L'ordre public, influencé par la conception française de la famille, est intéressé à ce que les enfants soient élevés par leurs parents par le sang et le législateur conseille, en quelque sorte, aux parents de se dédire, contrairement aux principes régissant le droit des obligations.

A défaut des parents, le législateur permet au conseil de famille de l'enfant de consentir à l'adoption (12).

Vu l'extrême gravité de cet acte, les conditions en sont strictement réglementées, tant au point de vue de sa forme, que dans ses effets.

Ce droit (13) est réservé aux parents et au conseil de famille, ils l'exercent pendant toute la

11 - infra 2ème Partie, n° 227 et s.

12 - pour les pupilles de l'Etat, le consentement est donné par le conseil de famille des pupilles,

13 - combiné avec le consentement de l'enfant, s'il a plus de 15 ans ; le régime du consentement à l'adoption, en vigueur en Belgique, est sensiblement le même, tant en ce qui concerne les parents ou le conseil de famille que l'enfant de plus de 15 ans. (art. 348, loi du 21 mars 1969).

minorité de l'enfant, qu'il soit émancipé ou non, par application de l'article 481 du Code civil (14), qui édicte "pour se donner en adoption comme pour se marier (le mineur doit) observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé".

§ 1 - LES PERSONNES AYANT QUALITE POUR CONSENTEUR.

A - LE PERE ET LA MERE

41. - Le droit de consentir à l'adoption de son enfant est un des attributs de l'autorité parentale ; il ne peut donc se concevoir que pour un enfant dont la filiation est établie(15).

1°) Cas de l'enfant légitime

Par application de l'article 348 du Code civil, le droit de consentir à l'adoption appartient au père et à la mère et à défaut au conseil de famille. Dans le cas où l'un des parents est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou s'il a perdu les droits de l'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit. Ainsi différentes hypothèses doivent être envisagées.

a) Les parents sont en désaccord

42. - La règle "partage vaut consentement" applicable (16) au consentement au mariage ne peut s'appliquer en l'espèce. Il ne serait pas admissible que l'un des époux

14 - loi du 14 décembre 1964.

15 - En revanche, le parent d'un enfant naturel non reconnu signera un acte d'abandon.

16 - art. 148 du Code civil.

puisse par sa seule volonté, enlever un enfant à l'autre et fasse ainsi légalement échec aux droits du sang.

Cependant, sous l'empire de la loi du 19 juin 1923, il était possible à l'époux, au profit duquel le divorce ou la séparation de corps avait été prononcé et qui avait la garde de l'enfant, de consentir à l'adoption, sans même que l'autre parent soit prévenu. Les tribunaux, appliquant strictement ce texte, refusaient d'homologuer l'acte d'adoption, si le divorce avait été prononcé aux torts réciproques des époux (17).

Le décret-loi du 29 juillet 1939 (article 347 alinéa 2), tenant mieux compte des droits de l'autre parent, devait exiger que l'acte d'adoption lui soit signifié et lui donnait un délai de trois mois pour notifier son opposition au greffe. Le tribunal pouvait toutefois homologuer l'acte, après avoir entendu le parent.

L'ordonnance du 23 décembre 1958, (article 348 ancien du Code civil), maintenait cette disposition, mais devait permettre l'adoption avec le seul consentement de l'époux ayant la garde, dans le cas de divorce prononcé aux torts réciproques.

En 1966, le législatour, dans un but de simplification, a supprimé l'article 348, de tels cas trouvant maintenant leur solution dans un jugement déclaratif d'abandon ou dans la possibilité pour le tribunal de prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de

17 - en ce sens Paris 31 oct. 1942 D.C. 1943.J.66 note Ripert (approbative), J.C.P.II. 2412 note Carbonnier ; contra Rouast (commentaire de la loi du 19 juin 1923 D. 1923.IV.258, col. 3 et 4) assimile le divorce prononcé aux torts réciproques à un divorce prononcé au profit de chaque époux.

consentement opposé par le parent (18).

Ainsi tout en exigeant le consentement des deux parents pour l'adoption plénière, le législateur n'a pas voulu que l'opposition de l'un des deux soit sans recours.

Le droit de refuser l'adoption de son enfant fait partie des droits non causés absolus, comme le droit de consentir au mariage ; mais le parent qui s'est désintéressé de l'enfant, au point d'en compromettre la santé ou la moralité, peut voir son droit supprimé par décision judiciaire. C'est là une innovation de la loi, elle déroge sur ce point aux principes du droit de la famille ; il est vrai que cette dérogation est limitée par une barrière concrète : la constatation d'une carence des parents et qu'elle trouve sa justification dans l'intérêt de l'enfant (19).

L'article 373-2, introduit dans le Code civil par la loi du 4 juin 1970 et qui attribue l'autorité parentale à l'époux qui a la garde de l'enfant, ne semble pas pouvoir entraîner de modifications aux règles exposées ci-dessus. En effet, il réserve "le droit de visite et de surveillance de l'autre parent", par a fortiori, il exclut certainement le droit de consentir à l'adoption.

b) L'un des parents est décédé, le consentement de l'autre suffit.

43. - Les intérêts moraux mis en cause par l'adoption sont au premier plan, il est donc normal que le

18 - art. 348-6 infra 2ème Partie n° 241 et s.

19 - le refus des parents de consentir au mariage de leur enfant mineur n'est susceptible d'aucun recours, sauf s'il l'ont confié à l'Aide sociale à l'Enfance (art. 17 de la loi du 17 juill. 1889).

parent survivant, détenteur de l'autorité parentale, ait seul, compétence pour consentir à l'adoption. Il serait certes inadmissible que le seul consentement des organes de tutelle puisse couper l'enfant de tout lien avec son parent par le sang, cependant le législateur ne va-t-il pas trop loin dans sa confiance, et dans certains cas, un contrôle ne serait-il pas utile ?

L'enfant, dont l'un des parents est décédé, est soumis à l'administration légale sous contrôle judiciaire ; or par application de l'article 391 du Code civil, le juge des tutelles peut, à tout moment, décider d'ouvrir la tutelle, soit d'office, soit à la requête des parents ou alliés ; or, bien que l'administration du parent survivant encoure une telle sanction, il conserve son droit de consentir seul à l'adoption de l'enfant (20). Il semble bien que dans ce cas, le conseil de famille, comme représentant en partie le parent décédé, devrait avoir qualité pour intervenir, au moins sous forme de consultation préalable (21). Il ne faudrait pas, en effet, que, par le jeu de l'article 348, un des parents soit totalement maître de la filiation de l'enfant et ait le droit de le soustraire à l'une des branches de la famille d'origine (22). Toutefois, il ne faut pas oublier qu'en dernier ressort, la décision appartient au tribunal, juge de l'intérêt de

20 - Sous l'empire du décret loi du 29 juill. 1939, la mère détentrice de l'autorité parentale devait donner son consentement à l'acte, mais le tuteur en tant que représentant du mineur devait concourir également à l'acte d'adoption, sous peine de nullité. Besançon 5 déc. 1951, D.1952.J.52. note Weil.

21 - Cette hypothèse se présente fréquemment, lorsque la mère survivante se remarie, et que le deuxième mari veut adopter les enfants du premier lit.

22 - note Rajon, sous T.G.I. Avesnes s/Helpe, ~~13 mars 1968~~, 24 nov 1967, J.C.P. 1968.II.15.391 et 15.516 (addendum) ; rev. trim. 1968. 345 obs. Nerson.

l'enfant (23).

c) L'un des parents est "hors d'état de manifester sa volonté".

44. - L'article 373 du Code civil, relatif à l'autorité parentale, donne comme exemple de cet état : "l'incapacité, l'absence, l'éloignement ou tout autre cause".

Si l'incapacité ou l'état d'absence peuvent ressortir d'une décision de justice antérieure et ainsi être constatés facilement par les autorités chargées de recevoir le consentement, il n'en est pas de même du simple éloignement. Il s'agit là d'une notion de fait qu'il appartient au tribunal, saisi de la demande, d'apprécier. Une simple déclaration des autres personnes appelées à donner leur consentement ne suffit pas, en l'absence de dispositions légales, comparables aux articles 149 et 160 du Code civil, relatifs au consentement au mariage. Une enquête par un service officiel s'impose (24). Si un doute subsiste, une instance en déclaration d'abandon paraît devoir être diligentée.

d) L'un des parents a perdu les droits de l'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit.

45. - Cette perte résulte d'un jugement de déchéance et non d'un simple jugement de délégation (article 377-3 du Code civil).

23 - Briançon 24 mai 1946, S. 1947.2.57 note Sinay ; rev. trim. 1947.317, obs. Lagarde confirmé par Grenoble 26 fév. 1947, J.C.P. 1947.II.3758 et note Aymond.

24 - voir réponse du Ministre de la Justice à la question écrite de M. Schaff, Ass. Nat. J.O. 5 août 1967. p. 2943.

L'administration légale sous contrôle judiciaire s'ouvre, par application de l'article 389-2 du Code civil, cependant seul le parent qui a l'exercice de l'autorité parentale va consentir.

Dans tous les cas où le consentement à l'adoption de l'enfant légitime n'émane que d'un seul de ses parents, les observations faites à propos des modalités du consentement, lorsque celui-ci est donné par le parent survivant, s'appliquent (25).

e) Les parents ont été condamnés pour abandon de famille

46. - Si la déchéance n'a pas été prononcée, et bien que la tutelle soit ouverte conformément à l'article 390 du Code civil (26), ils conservent leur droit de consentir à l'adoption (27). Il en est de même, dans le cas où le juge des tutelles a décidé d'ouvrir la tutelle "pour cause grave", par application de l'article 391 (28). On peut regretter qu'un acte, dont les prolongements sont aussi importants, ait été laissé à la discrétion de parents ayant méconnu leurs devoirs à ce point.

25 - supra n° 43.

26 - loi du 4 déc. 1964 sur la tutelle des mineurs.

27 - Il n'apparaît pas que l'on puisse déduire de l'art. 373 al. 3 (loi du 4 juin 1970), qui prévoit la perte de l'exercice de l'autorité parentale, au cas de condamnation pour abandon de famille (et sa restitution six mois après que le titulaire assume de nouveau ses obligations), la perte du droit de consentir à l'adoption.

28 - Les hypothèses envisagées dans les discussions préalables au vote de la loi sur la tutelle avaient trait plus à la protection des biens qu'à celle de la personne du mineur, par exemple : le mineur a un patrimoine important et l'épouse survivante n'est pas en mesure d'en assurer la gestion éclairée ; le parent survivant se remarie et risque de perdre une partie de son indépendance dans la gestion du patrimoine des enfants. (Doc. Ass.Nat. 1963-1964 n° 1006 p. 724).

2°) Cas de l'enfant naturel

47. - Deux hypothèses peuvent se présenter :

1°) La filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents. Le consentement des deux est nécessaire, comme pour l'enfant légitime. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou déchu des droits de l'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit (29).

Le droit de consentir à l'adoption est une prérogative de l'autorité parentale, or celle-ci n'est exercée que par un seul des parents, celui qui a reconnu le premier ou le père si la reconnaissance a été faite conjointement (enfants nés avant le 1er janvier 1971, date de promulgation de la loi relative à l'autorité parentale (30)), et toujours la mère pour les enfants nés après le 1er janvier 1971 (art. 374 nouveau du Code civil). Comment expliquer alors que le législateur l'attribue aux deux parents, même si la paternité a été déclarée en justice ?

En pratique, il pourra être difficile d'obtenir ce consentement, soit parce que les parents ne vivent pas ensemble, soit parce qu'il existe entre eux de graves sujets de rancune, notamment lorsque la reconnaissance du père a été forcée et consécutive à une action en recherche de paternité intentée par la mère. Ne peut-on craindre que l'ex concubin ne soit introuvable ou refuse son consentement pour se venger ou encore essaye de le monnayer et que finalement l'enfant ne fasse les frais de l'opération ?

29 - art. 348.

30 - L'art. 383 du Code civil continue à s'appliquer à ces enfants; à la condition que le parent ait commencé à exercer ses droits et ses devoirs et sauf disposition contraire du tribunal (art. 11 de la loi du 4 juin 1970).

N'aurait-il pas mieux valu donner ce droit au seul parent investi de l'autorité parentale, et qui, a priori, est celui qui porte le plus d'intérêt à l'enfant (31) ? Il ne le semble pas. En effet, le consentement à l'adoption plénière est un acte si grave qu'il ne parait pas possible de le laisser à la disposition d'un seul des parents, lorsque l'autre est connu en droit, même si dans la majorité des cas, il ne s'intéresse pas à l'enfant.

De toutes façons, le législateur a prévu le moyen de passer outre au refus de consentir à l'adoption (32) ou à l'absence de consentement (33) ; il assure ainsi à l'enfant naturel la protection à laquelle il a droit.

48. - 2°) La filiation de l'enfant n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs ; son consentement suffit puisqu'aucun lien légal n'a été établi entre l'enfant et son autre parent (34). Toutefois, s'il s'agit, pour ce parent d'adopter son propre enfant naturel, certains tribunaux (35) lui demandent de se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles, par application de l'article 389-6 du Code civil.

Un danger très grave de conflits subsiste cependant dans le cas où l'autre parent aurait reconnu l'enfant, soit par une reconnaissance devant un officier d'état-civil quelconque, la mention en marge de l'acte de naissance étant rendue impossible par l'ignorance du lieu de naissance de l'enfant (36), soit par une reconnaissance secrète devant notaire.

31 - intervention en ce sens d'H. Molinier (Trav. Comm. Réf. C.C. 1945-1946 p. 548 et s.).

32 - procédure du refus abusif.

33 - procédure d'abandon judiciaire.

34 - art. 348-1 du C.C.

35 - par exemple, le T.G.I. de Paris.

36 - origine de l'affaire Novack.

Certes, la loi, en empêchant toute déclaration de filiation et toute reconnaissance d'enfant après le placement en vue d'adoption (37) limite dans le temps, d'une façon légale, la mise en oeuvre d'une action judiciaire, mais cela ne supprime pas comme certains auraient voulu le laisser croire toute possibilité de disputes, dont un enfant est l'enjeu. Un aménagement des règles concernant la filiation, tel que l'avant-projet du Code civil, l'a proposé, pourrait de façon beaucoup plus sûre remédier à ces situations douloureuses (38).

Depuis la loi de 1964, l'enfant naturel reconnu par ses deux parents ou par un seul, n'est plus soumis à la tutelle, mais à l'administration légale sous contrôle judiciaire ; la loi fait confiance au parent qui a reconnu volontairement son enfant, et ce n'est que justice, cependant, il semble que le contrôle tutélaire sur la personne de l'enfant, à partir du moment où il ne s'insère pas dans une vraie famille, avait sa raison d'être.

37 - art. 352 du C.C.

38 - art. 188 de l'avant-projet du C.C. (livre Ier p. 241)
"L'acte de naissance d'un enfant naturel est inscrit sur les registres à sa date". "S'il n'a pas été dressé par un officier de l'état-civil ; la transcription est faite à la diligence de l'officier public, qui l'a reçu sous les peines édictées par l'art. 176 du présent chapitre".

"A cet effet, l'acte est signifié dans un délai de 15 jours à l'officier de l'état-civil dépositaire de l'acte de naissance de l'enfant. Toutefois la reconnaissance faite par testament peut, à la demande du testateur, n'être signifiée que dans un délai de 15 jours à compter du jour où l'officier public a connaissance du décès".

"La transcription est faite par les soins de l'officier d'état-civil dans un délai de 5 jours à compter de la signification, non compris les jours fériés".

"Il est fait mention de l'acte de reconnaissance en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un, et il en est donné avis, dans les 3 jours, au juge de paix du canton de la naissance".

De plus, dans le cas où le juge des tutelles décide d'office ou sur requête d'un des parents d'ouvrir la tutelle, par application de l'article 391, les parents, ou le parent contre lequel cette décision est prise, gardent tout pouvoir sur la personne de l'enfant, lorsqu'il s'agit d'en disposer, en quelque sorte.

Le consentement à l'adoption (39) resterait-il avec le consentement au mariage un des derniers droits discrétionnaires que possèdent les parents ? (40)

B. - LE CONSEIL DE FAMILLE (41)

49. - Le conseil de famille n'intervient qu'à défaut des parents, soit parce qu'ils sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté (42) ou qu'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale, soit parce qu'ils sont inconnus en droit, la filiation de l'enfant n'étant pas établie.

1°) Cas de l'enfant légitime

L'enfant légitime orphelin ou dont les deux parents entrent dans les catégories énumérées ci-dessus

39 - le refus du consentement à l'adoption, au contraire, est susceptible d'un recours devant le T.G.I., cette possibilité correspond à l'évolution de l'institution, qui a perdu son caractère d'acte de droit privé. L'intervention de l'Etat se fait de plus en plus importante. Foetisch, "La filiation adoptive en droit comparé". Thèse Lausanne 1960 p.53.

40 - supra n° 42.

41 - il s'agit ici du conseil de famille, organisé par le Code civil au chapitre de la tutelle et non du conseil de famille des pupilles de l'Etat (sur ce point voir infra n° 98 l'adoption des pupilles de l'Etat).

42 - voir supra n° 44 la définition de ce terme.

est en tutelle, par application des articles 390 et 373 du Code civil.

Toutefois, alors que le droit de consentir à son mariage, s'il est mineur, appartient à ses grand-parents, celui de consentir à son adoption n'appartient qu'au conseil de famille par application de l'article 348-2.

Le consentement à l'adoption, qui va supprimer tout lien de filiation entre l'enfant et sa famille par le sang, ne peut éventuellement être laissé à la discrétion d'un seul des ascendants d'une seule ligne (43). L'opinion des membres restants de la famille, complétée éventuellement par celle des amis ou voisins qui s'intéressent à l'enfant (44), pourra s'exprimer lors de la réunion du conseil de famille, en présence du juge des tutelles. Le législateur en espère la solution la meilleure pour l'enfant.

Cependant on peut craindre qu'une des branches familiales, profitant de la voix du juge des tutelles, n'emporte une majorité favorable à l'adoption de l'orphelin par un membre de sa branche, et ceci, malgré l'opposition de l'autre branche.

C'est ainsi que la Cour de Paris (45) confirmant un jugement rendu le 30 avril 1965 par le tribunal de grande instance de la Seine, a repoussé la tierce opposition faite par les grands parents maternels contre un

43 - comme le consentement au mariage par application de l'art. 150 du Code civil.

44 - art. 409.

45 - Cour de Paris 1ère Ch. suppl. 9 nov. 1965 J.C.P. 1966. II.14.699, note Carbonnier, rev. trim. 1966.599 obs. Raynaud.

jugement d'adoption, permettant à "une tante à la mode de Bretagne" du côté paternel, d'adopter leur petit-fils orphelin, au motif, pour le moins critiquable, qu'ils étaient "sans intérêt personnel et légitime" pour agir, leur recours contre la délibération du conseil de famille ayant été rejeté.

Assouvir une rancune familiale, ou poursuivre quelque objectif tactique (46) risquent d'être les motifs inavoués d'une telle adoption, dont le résultat sera de couper l'enfant d'une partie de sa famille par le sang, en faisant échec au droit de visite et à celui de consentir au mariage, dévolus aux grand-parents.

Il est à noter qu'une telle décision, qui s'appuie spécialement sur l'intérêt éducatif que présente pour l'enfant une adoption par une personne jeune ayant connu ses parents, ne semble pas tenir compte d'une volonté qu'aurait pu exprimer les parents disparus et du lien du sang, qui préexiste entre l'enfant et ses grand-parents. L'enfant s'insère, de par sa naissance, dans une famille, est-il juste de l'en priver uniquement pour un avantage éducatif, qui ne dépassera pas sa majorité et pourrait être réalisé à l'intérieur même de la tutelle, par la désignation d'un tuteur à la personne ?

Bien entendu, si le conseil de famille avait été constitué d'une façon irrégulière et frauduleuse, dans le but, par exemple, d'éliminer certains parents, ou de causer un préjudice au mineur, la délibération irrégu-

46 - D'après le Doyen Carbonnier, note sous l'arrêt précité, dans cette espèce régie par l'ordonnance du 23 déc. 1958, l'objectif tactique pouvait être constitué par le désir "d'épurer le conseil de famille en mettant à sa place" (suivant les dispositions de l'article 361 alinéa 4 du Code civil abrogé par la loi du 14 déc. 1964) "un conseil de tutelles où la fraction maternelle n'aurait pas été remarquée".

lière aurait été annulée (47).

2°) Cas de l'enfant naturel

50. - En 1964, le législateur ayant voulu que les enfants naturels soient soumis quant à la tutelle au régime du droit commun, il est possible de se demander comment et avec qui, le juge des tutelles pourra constituer un conseil de famille d'enfant naturel.

Selon M. Mazeaud "Il n'est pas certain que la suppression du conseil cantonal des tutelles soit une réforme heureuse" (48). Il semble bien que ce soit également l'opinion des juges des tutelles, tout au moins quant à la surveillance de la personne des mineurs.

a) L'enfant naturel a été reconnu par l'un de ses auteurs ou par les deux, mais ils sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou déchus de l'autorité parentale.

Sans avoir une famille au sens légal du terme, puisqu'aucun lien de parenté n'est établi entre les parents du père et de la mère de l'enfant naturel et celui-ci, certains membres de cette famille peuvent s'intéresser à l'enfant et demander à faire partie du conseil de famille, par application de l'article 409 du Code civil.

Cette possibilité s'inscrit dans la ligne actuelle de la jurisprudence, qui admet que le lien du sang puisse entraîner certains effets juridiques, liés par

47 - Dijon 1ère Ch. 30 nov. 1948 J.C.P. 1949.IV.p. 86, D.1949.J.138, rev. trim. 1949 obs. Lagarde, confirmé par C.C. 8 juillet 1952. D.1953.J.217 note Savatier.
48 - Traité 3ème éd. 1965, Tome I n° 1333.

exemple, à l'affection et à l'intérêt que portent "les grand-parents naturels" à leur petit-fils, (49) ou le père adultérin à son enfant (50).

Ainsi seraient amenés à consentir à l'adoption d'un enfant, des personnes qui n'ont avec lui, aucun lien légal de parenté.

b) L'enfant naturel n'a pas été reconnu

51. - Si le mineur a été recueilli par l'Aide sociale à l'Enfance, le consentement à l'adoption sera donné par le conseil de famille des pupilles de l'Etat (51), composé, (par application de l'art. 58 du Code de la famille), de deux membres du conseil général, désignés par cette assemblée et de cinq membres nommés par le préfet, sur proposition du directeur départemental de la popula-

49 - Les tribunaux leur reconnaissent un droit de visite
Lisieux 8 déc. 1937, D.1939.J.63 et note Lebrun - Civ.
27 juill. 1938, D.1939.J.73 et note Lebrun - Cass. Belge,
22 nov. 1966, rev. trim. 1967.726 n° 53, Jour. Trib. 1966.
685 - Guilho. "Essai d'une théorie générale du droit de
visite" J.C.P. 1952.I.963 n° 32 et s. - Garola, "le fonde-
ment du droit de visiter et d'héberger l'enfant", D.1965
chr.1 - Toutefois, voir l'interprétation restrictive d'un
arrêt récent de la Cour de Paris (6 nov. 1968), qui accor-
de non un droit de visite, mais "un droit d'accueil" très
limité, quelques heures par jour 15 fois par an. Gaz.Pal.
1968.2.379 ; D.1969.J.145 ; rev. trim. 1969.319 obs.Nerson,
mais le législateur a mis fin à la controverse, en leur
reconnaissant le droit d'avoir des relations personnelles
avec leur petit-fils art. 371-4 du C.C. (loi du 4 juin 1970).
50 - Il lui a été reconnu "un droit de contact" Paris
9 janv. 1969, D.1969.J.144, rev. trim. 1969.316 obs. Nerson;
l'art. 371-4 al. 2 nouveau du C.C. qui permet au tribunal
d'accorder, en considération de situations exceptionnelles,
un droit de correspondance ou de visite à des personnes,
autres que les grand-parents, qu'elles aient ou non des
liens de parenté avec l'enfant, va dans le sens de cette
jurisprudence, basée sur les liens d'affection et l'inté-
rêt de l'enfant.

51 - voir infra l'adoption des pupilles de l'Etat.n° 98

tion et de l'Aide sociale (52).

Si le mineur a été recueilli par l'intermédiaire d'une oeuvre, le conseil de famille est constitué par le juge d'instance du siège social de l'oeuvre, il comprendra des représentants de l'oeuvre, et éventuellement des personnes qui s'intéressent à l'enfant.

Enfin, si le consentement à l'adoption est demandé, alors que l'enfant est déjà élevé par la famille qui veut l'adopter, il sera donné par le conseil de famille réuni par le juge des tutelles du domicile de cette famille, puisque ce domicile est celui de l'enfant (53).

Mais pour jouer pleinement leur rôle familial de protection de l'enfant, les membres du conseil de famille et le juge des tutelles lui-même, doivent être informés de l'état physique et moral de l'enfant, des chances de réussite ou des difficultés de l'adoption. Aussi dans un but d'information, le législateur a inséré une condition supplémentaire, dans le cas où le consentement est donné par un conseil de famille.

3°) Obligation de consulter la personne qui prend soin de l'enfant (54)

52. - Cette mesure heureuse n'est pas nouvelle, elle était contenue dans l'ordonnance du 23 décembre 1958 (55).

52 - Dans l'hypothèse où la tutelle d'un enfant serait vacante, le juge des tutelles la déférerait à l'Etat, art. 443 du C.C.

53 - T.G.I. Angers, Ch. du C. 10 juill. 1967, G.P. 1967. 2.251, rev. trim. 1968.409 obs. Hébraud.

54 - art. 348-2 du C.C.

55 - art. 348 al. 3 pour les enfants légitimes
art. 349 al. 2 pour les enfants naturels.

Elle permet au conseil de famille d'entendre la personne qui garde l'enfant, lorsqu'il ne s'agit pas du tuteur et d'avoir son avis sur les chances de réussite de l'adoption. Très souvent, il s'agira du candidat adoptant (56), les membres du conseil de famille et le juge des tutelles seront ainsi à même d'apprécier son attachement pour l'enfant et de donner leur consentement en connaissance de cause.

Au contraire, si l'adoption est demandée par un tiers, "la nourrice" (sauf si elle est très attachée à l'enfant, auquel cas son avis risque de n'être pas désintéressé) brossera un tableau du comportement de l'enfant et le conseil de famille pourra juger si l'intérêt bien compris de l'enfant est de le retirer à la femme qui l'élève et qui l'aime, et à laquelle il est attaché (57).

Le conseil de famille des pupilles de l'Etat est soumis à la même obligation. Il est rare, en pratique, que la nourrice soit convoquée, mais son témoignage écrit fait partie des pièces du dossier.

§ 2 - LES FORMES DU CONSENTEMENT

53. - Le consentement à l'adoption est un acte formaliste en ce sens que le législateur exige qu'il soit donné devant certaines personnes énumérées impérativement par la loi.

Cette exigence est nécessaire ad valitatem et non seulement ad probationem. Si le consentement était donné dans un acte sous seing privé, on peut supposer que

56 - Lorsque le recueil de fait aura précédé toute démarche, en vue de l'adoption ; cas de la nourrice, qui s'est attachée à l'enfant que la mère a abandonné chez elle.

57 - voir N. Quéjada, thèse préc. p. 63.

les tribunaux y verraient une sorte de commencement de preuve par écrit de l'abandon, qui pourrait servir à établir un jugement déclaratif d'abandon, mais l'acte serait nul, en tant que consentement à l'adoption.

Cette exigence fait partie des garanties que le législateur impose en quelque sorte à celui qui va consentir :

garantie d'information donnée par une personne sérieuse et compétente, qui aidera celui qui consent à prendre conscience de son acte et de ses prolongements, et permettra à la volonté interne de s'exprimer en termes adéquats ;

garantie de preuve du consentement et de la date de sa manifestation, point de départ du délai de rétractation.

Elle s'explique, d'autre part, par la nature même du consentement, acte unilatéral de volonté. Le fait qu'il soit l'expression d'une volonté unique lui imprime une certaine fragilité et peut inciter son auteur à élever ultérieurement des contestations. Il est donc naturel que le législateur fixe la volonté par un procédé formel d'extériorisation (58).

Au contraire, lorsque le consentement est donné par le conseil de famille, le formalisme découle des règles du droit commun régissant le fonctionnement de la tutelle, aussi il n'a pas été jugé nécessaire d'édicter une réglementation particulière.

58 - "L'acte unilatéral (en général) présente une tendance certaine au formalisme". (Martin de la Motte "L'acte juridique unilatéral" Thèse Toulouse 1949 n° 172 p. 157). Cette tendance est conforme aux dispositions du Code civil, tout au moins en ce qui concerne l'état des personnes, et à l'évolution actuelle.

A. - LE CONSENTEMENT DONNE PAR LES PARENTS

54. - L'article 348-3 alinéa 1 ouvre aux parents deux sortes de possibilités pour donner valablement leur consentement :

- d'une part, reprenant en cela les dispositions de l'ordonnance du 23 décembre 1958 (59), il dispose que ce consentement sera "donné par acte authentique devant le juge du tribunal d'instance du domicile ou de la résidence de la personne qui consent, ou devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français".

- d'autre part, créant une possibilité nouvelle, il autorise le service de l'Aide sociale à l'Enfance à le recevoir, assimilant ainsi les pouvoirs d'un fonctionnaire de service public à ceux d'un officier ministériel.

1°) devant le juge du tribunal d'instance du domicile ou de la résidence de la personne qui consent.

Lorsqu'il s'agit d'un nouveau-né, si l'exigence légale est remplie (60) et compte tenu de l'inutilité d'une telle formalité lorsque l'enfant est abandonné à l'Aide sociale, il faut penser que le consentement à l'adoption sera donné au profit d'une oeuvre.

Des difficultés pourront s'élever quant à la détermination du juge compétent. Le juge du lieu de situation de l'oeuvre paraît le plus indiqué pour recevoir le consentement, mais vu le petit nombre d'oeuvres habi-

59 - art. 351 du C.C.

60 - art. 348-5.

litées, il y a peu de chance pour que la mère soit domiciliée dans la même ville et ce n'est du reste pas souhaitable (51).

Lorsque l'accouchement a lieu ailleurs qu'au domicile ou à la résidence de la mère, en vue de cacher une naissance illégitime, la mère se refusera sûrement à donner son consentement devant le juge de la ville qu'elle a quitté temporairement, dans la crainte inavouée d'une indiscretion ! Il semble que si elle a séjourné un mois en maison maternelle, cette dernière pourra être considérée valablement comme sa résidence, par analogie avec l'article 74 du Code civil, qui autorise le mariage dans la commune où l'un des époux réside depuis un mois.

L'incompétence du juge doit-elle entraîner la nullité du consentement à l'adoption ?

Cette solution bien sévère ne coïnciderait pas avec les règles de compétence ratione loci d'une part, et ne se concevrait pas, à partir du moment où le consentement à l'adoption peut être reçu par un fonctionnaire de l'Aide sociale de n'importe quel lieu.

Le procès verbal dressé par le greffier, signé du juge d'instance et du ou des parents est un contrat judiciaire, dont la preuve et la conservation sont assurées de façon parfaite.

2°) devant un notaire français ou étranger.

55. - Cette possibilité existait déjà, mais elle était limitée à l'adoption simple. Toutefois, avant l'or-

61 - pour respecter la règle du secret.

donnance de 1958, il s'agissait pour le notaire de rédiger un contrat, dont l'homologation était soumise au tribunal (62).

Le rôle dévolu au notaire dans l'adoption plénière s'apparente au rôle qu'il remplit pour recueillir, par exemple, des dispositions testamentaires. En ce cas, il doit vérifier l'identité des parties (63) et leur état intellectuel (64) et les éclairer sur la portée de leur acte.

Ces mêmes devoirs se retrouvent a fortiori, lorsqu'il reçoit le consentement à l'adoption plénière. Ainsi s'il est tenu de prêter son ministère, lorsqu'il en est requis, il doit vérifier outre l'identité des parties, leur capacité à donner un consentement valable et devrait refuser son concours, s'il lui apparaissait que le parent qui consent n'est pas dans un état normal.

D'autre part, il doit attirer l'attention du déclarant sur les conséquences de son acte ; sa responsabilité ne pouvant être couverte au seul motif qu'il aurait recueilli, en la forme authentique, la déclaration de son client. Certes, aucune disposition expresse ne le soumet aux obligations édictées par l'article 55 du Code de la famille et de l'aide sociale, mais on peut penser qu'il sera avisé en prenant soin d'avoir à sa disposition la notice prévue par le dit article, ainsi qu'un modèle de lettre de rétractation. Davantage même, il devra consigner dans le corps même de l'acte le respect de ce devoir d'information (65).

62 - Depuis cette date, le rôle dévolu au notaire consistait seulement à recevoir le consentement des intéressés, l'adoption étant toujours un acte judiciaire.

63 - sous sa responsabilité Req. 16 nov. 1936 - S.1937.1.47.

64 - infra, étude sous rubrique capacité du majeur, spéc. 45

65 - Cf. Formules notariales - 1967 .

Ce devoir est d'autant plus sérieux que l'homologation par le tribunal, qui comportait la comparution personnelle des parents, a été supprimée au cours des débats parlementaires (66).

Si l'enfant a moins de deux ans, il paraît cependant difficile qu'il s'assure de sa remise à l'Aide sociale ou une oeuvre autorisée, à moins bien entendu qu'il ne soit le notaire de l'oeuvre.

Son indépendance risque-t-elle d'être menacée, s'il est désigné par le futur adoptant ou l'oeuvre, ceux-ci lui réglant les frais de son acte (67) ? Comme en beaucoup d'autres matières, il devra s'élever au dessus des contingences matérielles (68) ou morales immédiates (69).

La loi prévoit également que le consentement puisse être reçu par un notaire étranger. Cette possibilité ne paraît présenter d'utilité pratique que dans l'hypothèse où des parents français, résidant à l'étranger, consentent à l'adoption de leur enfant, au profit d'étrangers. En effet, s'ils consentaient au profit de ressortis-

66 - il avait été proposé de faire faire l'homologation du consentement par le tribunal de grande instance, les parents étant entendus en Chambre du conseil et un délai de réflexion de six mois devant obligatoirement séparer le consentement de la comparution. Déb. Parl. 17 nov. 1965 - J.O. p. 4697 et Sénat 1er juin 1966 J.O. p. 679.

67 - "Le notaire saura-t-il avertir de sa gravité les parents dont il reçoit la signature quand - chose possible - il est désigné et payé par l'adoptant". Savatier "Directions socio juridiques d'une loi nouvelle, l'évolution la plus récente du droit de l'adoption". Sauv. Enf. janv. 1967 p. 9.

68 - Tarif des actes notariés - Emoluments fixes :
Brevet : 15 Fr, Minute : 20 Fr - Décret du 29 sept. 1953, modifié en dernier lieu par décret du 27 déc. 1966.

69 - Cette considération pourrait jouer; sur la responsabilité du notaire, voir C. Cass. 8 oct. 1968. Gaz. Pal. 1969.I.28.

sants français, l'intervention de l'autorité consulaire serait beaucoup mieux adaptée et l'acte rédigé en français aurait pleine efficacité de plano, sans qu'il soit nécessaire de le faire traduire par un traducteur juré.

3°) Devant un agent diplomatique ou consulaire français

56. - Les français résidant à l'étranger peuvent, par application de l'article 348-3 du Code civil, consentir à l'adoption plénière de leur enfant devant un agent diplomatique ou consulaire français.

Cette possibilité entre dans les attributions normales des consuls, en matière de renseignement et de protection des ressortissants français résidant à l'étranger et spécialement des mineurs (70). L'autorité consulaire recueillera le consentement en la forme authentique mais son rôle s'arrête là, la loi lui donne des attributions notariales, mais non juridictionnelles.

Les règles de compétence sont déterminées par la loi du 10 août 1936 (71), modifiée par décret du 18 août 1962 (72). La compétence est limitée à la circonscription territoriale et en principe aux seuls actes auxquels les français sont partie (73).

Comme les notaires, les consuls peuvent être responsables à raison des fautes qu'ils ont commises dans l'exercice de leurs fonctions notariales, mais leur res-

70 - Rôle reconnu par la Conv. de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963. Encycl. D. drt.int. v° consuls (attributions) n° 201 et s.

71 - D. 1938.IV.69.

72 - D. 1962.IV.299.

73 - Encycl. D. drt. int. v° adoption n° 58.

ponsabilité doit être appréciée de façon moins sévère par application de l'article 1992 du Code civil (74). Il s'agit en effet pour eux d'un mandat gratuit et non salarié, ils ne perçoivent en effet que les droits au profit du Trésor. En tous cas, les consuls sont tenus des mêmes obligations d'information que les notaires.

4°) au service de l'Aide sociale à l'Enfance

57. - Pour que certaines mères désemparées, craintives, ignorantes, ne soient pas rebutées devant le caractère solennel d'un consentement donné devant un juge ou un notaire, la loi a permis aux fonctionnaires de l'Aide sociale de recueillir leur consentement. La mère qui abandonne définitivement son enfant et qui, auparavant signait un acte d'abandon, pourra consentir par écrit à l'adoption.

On peut certes regretter que l'intervention d'un officier public n'ait pas été maintenue dans tous les cas, le caractère solennel de l'acte authentique pouvant aider les parents à prendre conscience de la gravité de leur démarche, tout en assurant une preuve non contestable du respect des formalités.

Mais une réglementation trop stricte irait à l'encontre du but poursuivi par le législateur ; entre signer dans le secret d'un bureau un consentement à l'adoption, ou aller affirmer solennellement devant un tribunal son intention de se séparer de son enfant et en donner les raisons, il y a peut-être un pas que certaines mères ne consentiraient pas à franchir, soit par négligence, soit par honte.

Pourtant, la mère qui abandonne son enfant, tout en sachant qu'il n'y aura pour elle aucun espoir de le

revoir un jour, pense plus au bonheur de celui-ci (75), qui elle le sait et le désire va être très rapidement placé dans une famille pour être adopté (76), que celle qui, sous la pression des uns et des autres, alléchée peut-être par l'aide sociale promise, et se refusant à prendre vraiment conscience de ses responsabilités, place l'enfant en nourrice, sans changer aucunement de vie et s'en désintéresse petit à petit. Abandonné définitivement vers cinq ou six ans, cet enfant, qui a été ballotté de crèches en nourrices, est difficilement adoptable (77).

Ainsi l'intérêt de l'enfant, qui domine toute l'économie de la loi, explique cette disposition, à première vue criticable (78).

75 - On a souvent voulu dramatiser l'abandon... "en fait très souvent, c'est un acte réaliste et même positif en faveur de l'enfant. La mère qui abandonne, le fait dans les mains de quelqu'un qu'elle estime être capable d'apporter à son enfant ce dont il a besoin. Il a le mérite d'être franc, net et d'autoriser des solutions définitives". "L'abandon, aspects sociaux et psychologiques" conférence faite par le Docteur Michel Soulé. Cours sur l'adoption, Centre international de l'enfance. session du 21 sept - 4 oct. 1964, rapport p. 99.

76 - d'où le nombre plus élevé proportionnellement des enfants nouveau-nés, confiés aux oeuvres dont le but essentiel est l'adoption.

77 - "Sont fréquemment l'objet d'adoption manquée, les enfants trop vieux, traumatisés par un passé détériorant ou par la séparation brutale d'avec "une mère", (à noter que cette mère peut être simplement une bonne nourrice) N. Quémada op. cit. p. 61 et infra n°153, les conditions tenant à la personne de l'enfant.

78 - Cette facilité n'apporte pas grand chose de nouveau en ce cas, puisqu'elle remplacera en pratique l'acte d'abandon formel. Seule une prise de conscience par les services sociaux du drame des enfants abandonnés et la mise en oeuvre d'une politique plus réaliste, vis à vis notamment des mères célibataires, pourrait être efficace.

B - LE CONSENTEMENT DONNE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE

58 - Aucune exigence particulière n'est formulée par la loi.

Il suffit que le conseil de famille soit régulièrement constitué, sous la présidence du juge des tutelles.

Le procès-verbal de la délibération, autorisant l'adoption à la majorité des voix et si-né par le juge des tutelles, a valeur d'un acte authentique et est exécutoire par lui-même (79) sous réserve des voies de recours.

§ 3 - LA VALIDITE DU CONSENTEMENT

59 - Si le législateur a minutieusement réglementé les formes dans lesquelles le consentement doit être donné, en revanche, il n'édicte aucune condition particulière, (sauf cas où l'enfant est âgé de moins de deux ans), quant aux qualités que ce consentement doit revêtir pour être valable.

Or, il est du plus haut intérêt pour la sécurité des enfants, comme pour celle des adoptants, que le consentement, une fois donné, ne puisse être remis en question. Car, à quoi servirait la règle légale d'irréversibilité (80), si, par le biais de la nullité, le consentement pouvait être annulé ? L'étude des conditions requises pour sa validité présente donc un intérêt certain, elle sera faite par référence aux règles générales du droit civil.

79 - L'art. 883-2 du Code de proc. civ. s'applique sauf au cas de partage amiable (art. 446 du C.C.).

80 - art. 348-3 du C.C.

Il convient d'étudier tout d'abord les conditions de capacité requises pour consentir à l'adoption de son enfant et ensuite ce consentement lui-même, qu'il émane des parents ou du conseil de famille.

I - LA CAPACITE REQUISE

A - Le consentement émane d'un mineur

60. - Le consentement à l'adoption de son enfant fait partie des droits extrapatrimoniaux que le mineur peut exercer sans être assisté ou représenté (81). Le mineur peut seul reconnaître son enfant naturel, et seul, il peut consentir à s'en séparer définitivement.

Ne peut-on regretter que pour un acte aussi grave, les parents, dans la mesure où la naissance ne leur a pas été cachée, ne soient pas consultés, au moins pour aider leur enfant à prendre conscience de son geste ? Il est vrai que leur influence peut être orientée dans les deux sens, selon leurs conceptions morales et sociales.

Dans un but de protection de la jeune mère mineure et considérant que son consentement est plus fragile, il avait été proposé à l'Assemblée Nationale d'allonger en sa faveur le délai de rétractation et de le porter à un an (82). Cette disposition n'a pas été votée, l'intérêt de l'enfant exigeant que son sort ne reste pas en suspens pendant si longtemps (83).

81 - C. Cass. 4 nov. 1835 - S.1835.I.785 ; Douai 17 mars 1840 - S.1840.II.255 ; Mazeaud 3ème éd. tome I n° 1.253 - Marty et Raynaud 2ème éd. tome I n° 509.

82 - Déb. Parl. Ass. Nat. séance du 17 nov. 1965 J.O. p. 4698 amendement soutenu par Madame Launay.

83 - infra n° 162

B - Le consentement émane d'un majeur

61. - La loi du 3 janvier 1968 a entièrement refondu les dispositions légales concernant la protection des incapables majeure ; mais, comme dans le cas de la loi du 14 décembre 1964 organisant la tutelle des mineurs, la protection des intérêts pécuniaires semble prendre le pas sur la protection de la personne elle-même.

Tenant compte des différents degrés de déficiences mentales ou des infirmités physiques, le législateur a prévu trois régimes de protection : (84)

- le placement sous sauvegarde de justice(85), simple mesure de protection, laissant à l'intéressé la capacité d'agir et de contracter, mais prévoyant des mécanismes de protection et de remplacement, s'il omet de gérer ses biens.

- la curatelle, lorsque le majeur a seulement besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de sa vie civile (86). Ce système a remplacé celui du "conseil judiciaire", mais n'est pas réservé aux prodigues et aux faibles d'esprit.

- la tutelle, lorsque le majeur a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile (87). Cette situation, voisine de l'ancienne interdiction judiciaire, est organisée d'une façon plus souple et ne repose pas, comme la tutelle du mineur, sur une collaboration étroite entre la famille et le juge des tutelles (88).

84 - dans tous les cas , l'altération des facultés doit être médicalement établie , art. 490 du C.C.

85 - art. 491-2 et s. du C.C.

86 - art. 508 du C.C.

87 - art. 492 du C.C.

88 - Le régime permet de faire participer la famille ou de se passer d'elle. Lorsqu'elle fait défaut, ou que ses intérêts ne coïncident pas avec ceux du malade. Lazeaud par Juglart 4ème éd. T.I 2ème vol. lectures 69° leçon p. 692 citant des extraits du rapport de M. Pleven, annexé au P.V. de la séance de l'Ass. Nat. du 2 janv.1966 n° 1891 - non imprimé.

62. - Il convient d'étudier l'étendue de la capacité du majeur, spécialement quant aux actes extrapatrimoniaux, dans chacun des régimes prévus par la loi.

1°) Le majeur placé sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits (89). Il semble qu'il pourrait consentir à l'adoption de son enfant, sans restrictions (90).

2°) Le majeur en curatelle

L'ancien article 514 du Code civil reconnaissait aux prodigues et aux faibles d'esprit une capacité générale, mais leur défendait de faire certains actes de disposition.

Dorénavant, le majeur en curatelle ne peut se marier qu'avec le consentement de son curateur, et à défaut, avec celui du juge des tutelles(91). Faut-il en conclure qu'il ne pourrait consentir à l'adoption de son enfant qu'avec l'une ou l'autre de ces autorisations ?

3°) Le majeur en tutelle

L'article 502 disposait "tous les actes passés... par l'interdit... seront nuls de droit". L'article 509 assimilait l'interdit au mineur "pour sa personne et pour ses biens".

89 - Comme le fait remarquer A.M. Bourgeois "ce système protecteur du malade est cependant dangereux pour les tiers, car il ne fait l'objet d'aucune publicité et ces derniers peuvent donc à tout moment voir les actes passés par eux attaqués par leur cocontractant..." "Nécessité de la réforme du droit des incapables majeurs", Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Clermont-Fd 1968, fasc. 5.

90 - sous réserve de l'action en nullité pour insanité d'esprit, édictée par l'art. 489 du C.C.

91 - Cette restriction a été fortement critiquée au Sénat par M. Jozeau Marigné, au nom de la commission des lois (rapport n° 237 1966-1967 p. 88).

L'opposition de ces deux textes donnait lieu à des interprétations différentes, quant aux limites de l'incapacité de l'interdit. Toutefois, il était généralement admis (94) qu'il pouvait accomplir seul les actes extrapatrimoniaux, à la condition d'agir dans un intervalle lucide et d'en apporter la preuve. Ainsi la doctrine et la jurisprudence lui permettaient de se marier (93), de reconnaître un enfant naturel... (94).

La loi du 3 janvier 1968 ne contient aucune disposition d'une portée aussi générale. Seul est prévu le cas du mariage (95). L'article 506 nouveau exige une auto-

92 - contre cette interprétation : Rodière Encycl. D.1952 v° interd. jud. n° 155 et s. - Planiol et Ripert, Traité tome I par Savatier n° 691 - Morel jurisclass. Civ. v° interd. judic. art. 502 à 504 n° 45 et s.

93 - Aubry et Rau t. I § 127 p. 767 - Marty et Raynaud 1ère éd. t. I n° 894 ; Cass. req. 12 nov. 1844, S. 1845.I.246, D.P. 1845.I.98 ; Chalons s./Marne 5 mars 1909, D.1909.V.47 ; Poitiers 20 déc. 1933, S.1934.II.23, G.P. 1934.I.372. En revanche Colin et Capitant traité 1959 tome I n° 1753, Planiol et Ripert, tome I par Savatier n° 691, n'admettent le mariage de l'interdit qu'avec regret.

94 - Aubry et Rau t.I § 127 p. 767 et T.IX § 568 texte et note 6 - Marty et Raynaud 1ère éd. t. I n° 894 ; Cass. 4 nov. 1835. S.1835.I.785 ; Douai 17 mars 1840, préc., les obligations du père résultent non de l'acte de reconnaissance, mais du fait même de la paternité ; Caen 26 avril 1887, S. 1887.II.125 (il s'agissait d'un faible d'esprit muni d'un conseil judiciaire) ; Certains auteurs font remarquer qu'il s'agit plus d'un aveu que d'un consentement ; Contre cette possibilité Planiol et Ripert t.I n° 691.

95 - La Commission de réforme du C.C. s'inspirant des décisions jurisprudentielles prévoyait (art. 272 p. 98 de l'avant-projet), pour le mariage de l'interdit, l'autorisation du tuteur avec recours devant le T.G.I. et disposait (art. 511 p. 147) "la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut produire effet, lorsqu'elle est faite par une personne non douée de discernement ou par un interdit en dehors des intervalles lucides".

risation du conseil de famille spécialement convoqué, sauf si les père et mère donnent l'un et l'autre leur consentement. L'organe de tutelle ne peut statuer qu'après avoir entendu les futurs conjoints et pris l'avis du médecin traitant. Ce régime est sévère, toutefois un recours est prévu devant le tribunal de grande instance, conformément au droit commun de la tutelle des mineurs (96).

Faut-il conclure du silence des textes, que le législateur a entendu soumettre tous les actes extrapatrimoniaux faits par le majeur en curatelle ou en tutelle au même processus d'autorisation, le mariage étant considéré comme l'acte le plus personnel qui soit ?

Cela reviendrait, pour le majeur^{en} curatelle à obtenir l'autorisation de son curateur et à défaut du juge des tutelles ; pour le majeur en tutelle, à obtenir celle de ses parents ou de son conseil de famille et ainsi à reconnaître à ces personnages un droit de regard sur la filiation d'un enfant, tel qu'il serait en contradiction avec les règles générales de la filiation et de l'autorité parentale. Or rien ne permet d'affirmer que telle a été la volonté du législateur (97). En outre, les tribunaux, interprétant d'une façon restrictive toute loi limitant la capacité juridique des personnes (98), devraient refuser de soumettre le

96 - art. 495 du C. civ. et art. 882-2 du C.proc. civ.

97 - Il semble que personne n'ait soulevé le problème au cours des débats de l'Ass. Nat. ou au Sénat.

98 - En vertu de l'adage "pas d'incapacité sans texte", la jurisprudence antérieure permettait à l'interdit d'intenter une action en divorce, mais réservait au tuteur le droit de demander la séparation de corps, avec l'autorisation du conseil de famille, par application de l'article 307 al. 2 du C.C. (Mazeaud 3ème éd. t. I n° 1449).

consentement à une réglementation non expressément prévue par la loi.

63. - La solution se trouve-t-elle dans les dispositions législatives propres au droit de l'adoption ? Les articles 348 et 348-1 organisent le consentement, dans le cas où l'un des parents ou les deux sont "dans l'impossibilité de manifester leur volonté", mais sans définir en quoi consiste cette impossibilité. Faut-il en conclure que le législateur a voulu en 1966 enlever ce droit essentiel de la paternité au parent soumis à une incapacité et peut-on dire, en rapprochant les deux textes, qu'incapacité égale impossibilité ? Il ne le semble pas, car une diminution de capacité n'équivaut pas à une impossibilité d'exprimer une volonté.

64. - Devant l'imprécision des textes, la solution pourrait-elle alors être trouvée, en partant de l'état physique ou mental réel du parent malade lui-même ?

- Ou bien, il est manifestement incapable d'exprimer sa volonté et dans ce cas, le consentement appartient à l'autre parent ou à défaut au conseil de famille(99), par application des articles 348 et 348-2 du Code civil (loi sur l'adoption). La sécurité des parents de recueil n'exigerait-elle pas une constatation judiciaire de cette impossibilité ?

- Ou bien, il paraît être en état de consentir et son consentement est reçu par acte authentique. Ce consentement sera-t-il considéré comme valable ?

Une réserve s'impose dans le cas du majeur en tutelle. En effet, l'article 502 nouveau (reprenant les

dispositions de l'article 502 ancien), dispose que tous les actes passés postérieurement au jugement prononçant la tutelle seront nuls de droit. Sous l'empire de la loi du 30 juin 1838, ce texte était interprété restrictivement, compte tenu en particulier de l'article 509, qui assimilait l'interdit au mineur (100), et il était admis que le majeur, comme le mineur, pouvait valablement accomplir certains actes personnels, sans être soumis aux règles de protection (101).

Les dispositions de l'article 509 n'ayant pas été reprises en 1968, l'article 502 sera-t-il interprété de la même manière ? Ne revient-on pas à la conception d'une incapacité totale préconisée par certains auteurs (102) ?

Pour pallier à cette insécurité, la personne intéressée par le consentement à l'adoption, pourrait demander au parent de l'enfant d'obtenir une autorisation exprès du juge des tutelles, par application des articles 501 et 511 du Code civil (103). Cette autorisation ne semble toutefois pas suffisante pour empêcher la mise en oeuvre de la procédure prévue par l'article 489 du Code civil (104), qui a pour but d'assurer la protection du malade mental à l'occasion d'un acte isolé, à condition que la

100 - supra n° 62.

101 - supra n° 62 notes 99 et 94.

102 - supra n° 62 note 91.

103 - art. 501 "En ouvrant la tutelle ou dans un jugement postérieur, le juge, sur l'avis du médecin traitant, peut énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu". et art. 511 "En ouvrant la curatelle ou dans un jugement postérieur, le juge, sur l'avis du médecin traitant, peut énumérer certains actes que la personne en curatelle, aura la capacité de faire seule..."

104 - Mazeaud par Juglart, 4ème éd. t.I 2ème vol. n°1372 Cette interprétation était celle donnée par M. Pleven (rapport n°1691 p. 49 et 50 - annexe au P.V. Ass. Nat. 2 juin 1966, non imprimé).

preuve de l'insanité d'esprit, au moment de la passation de l'acte soit rapportée.

Ainsi les parents de recueil ne sont pas totalement à l'abri d'une action en nullité relative pour incapacité, et ce, jusqu'au prononcé du jugement d'adoption.

4°) Le faible d'esprit et le majeur dont les facultés personnelles sont altérées, mais sans qu'aucune décision de protection légale n'ait été prise.

65. - La protection générale édictée par l'article 489 du Code civil s'applique à toute personne non saine d'esprit, au moment de la passation d'un acte (105).

Mais vu l'exigence de comparution personnelle, il ne semble pas que la preuve d'un tel état puisse être facilement apportée, à l'appui d'une demande en annulation du consentement à l'adoption, à moins de mettre en cause la conscience ou les capacités de l'officier public lui-même.

Toutefois, si celui-ci ne doit pas recueillir la signature d'une personne, manifestement hors d'état de comprendre la portée de l'acte en cause ou dont la capacité est sujette à caution, ses pouvoirs ne vont pas au delà. La doctrine (106) et la jurisprudence (107) ne reconnaissent pas, en particulier aux notaires, qualité pour constater souverainement la capacité intellectuelle de leur client.

105 - Mazeaud, 4ème éd. op. cit. n° 1362.

106 - Colin et Capitant, t. III n° 1375 ; Planiol et Ripert, t. V n° 181 ; Aubry et Rau, t. X. § 648 ; Juris-Class. notarial V° Donations et testaments Fasc. I n° 74.

107 - Cass. Req. 21 fév. 1898, D.1898.I.160 , S.1898.1.310 ; Cass. Req. 13 janv. 1926, D.H. 1926.I.66 , S.1926.1.16 ; Cass. Req. 4 mai 1943, D.A. 1943.I.66 et Grenoble 8 janv. 1951, J.C.P. 1952.II.7320.

En revanche il est admis que leur responsabilité serait engagée, s'ils avaient instrumentés pour une personne, qui d'après la notoriété publique, était incapable de contracter (108).

D'autre part, une protection supplémentaire du malade le plus gravement atteint est prévue par l'article 503 du Code civil, qui a repris les dispositions applicables à l'interdit. Tout acte passé avant un jugement organisant la tutelle peut être annulé, à deux conditions : la cause ayant déterminé l'ouverture de la tutelle existait à l'époque où l'acte a été accompli et l'état du malade était notoire.

Dans cette hypothèse également, l'annulation du consentement serait soumise à une question de preuve : preuve de la démence et preuve de sa notoriété ; ce qui n'exclut pas l'annulation, pour le cas où, sans être notoire, cet état aurait été connu du cocontractant, ou aurait dû être connu, sans une faute de négligence de sa part.

En fait, les mesures préalables de protection prévues par la loi semblent trop imprécises (loi sur l'adoption) ou insuffisantes ; la loi sur les incapables majeurs n'organise que le consentement au mariage et rien, en l'état actuel, ne permet d'étendre la procédure prévue au consentement à l'adoption.

66. - Reste le contrôle a posteriori du régime général (109) : tout acte accompli sous l'empire d'un trou-

108 - Aix 19 nov. 1889, D.P. 1890.II.156.

109 - L'article 489 nouveau (incorporée à la loi du 3 janv. sur les incapables majeurs) reprend la règle édictée dans l'art. 901 pour les libéralités et pose le principe que "pour faire acte valable, il faut être sain d'esprit". Il s'agit d'une nullité relative, susceptible de confirmation, de la part de l'intéressé revenu à la raison.

ble mental peut être annulé, que son auteur soit majeur ou mineur, soumis ou non à une mesure de protection, mais à une condition : celui qui invoque la nullité doit prouver que le trouble mental existait bien au moment de la signature de l'acte et qu'il a vicié le consentement.

Toutefois, si le parent qui a donné son consentement. est soumis à une mesure de protection, la force spéciale attachée à la décision du juge des tutelles ne manquera pas d'influencer le juge de l'action en nullité et la preuve de l'insanité d'esprit s'en trouvera facilitée.

Ainsi le malade mental ou ses représentants légaux, agissant dans les limites posées par les articles 489 et 489-1 du Code civil ont plusieurs textes à leur disposition pour demander au tribunal de prononcer la nullité du consentement donné.

Ne serait-il pas opportun pour le candidat adoptant, afin de s'assurer contre des contestations ultérieures, de provoquer un jugement déclaratif d'abandon ? Toutefois, il faut bien reconnaître que cette procédure n'est pas adaptée au but poursuivi, en particulier à cause des délais de mise en oeuvre d'un an au minimum (110).

II - L'EFFICACITE DU CONSENTEMENT

67. - L'article 1108 du Code civil place, au premier rang des conditions essentielles pour la validité du contrat, le consentement de la personne qui s'oblige, sans toutefois définir la notion même de consentement.

Le consentement, fait psychologique, n'a de valeur juridique que par son expression ; mais en droit fran-

110 - infra n°124 et s.

çais, la déclaration de volonté ne peut jouer à elle seule le rôle créateur de l'obligation (111). Son efficacité suppose la conformité de la volonté interne avec la manifestation extérieure ; d'où l'importance donnée à l'analyse du consentement et les difficultés qu'elle soulève, spécialement dans la matière qui nous intéresse ; il peut facilement exister une discordance entre la volonté interne, qui refuse l'arrachement que constitue l'abandon de son enfant, et la volonté déclarée, qui n'a pas la force de surmonter ses propres faiblesses ou les difficultés matérielles ou sociales.

Il semble peu probable que le problème puisse se poser, vu la difficulté de faire la preuve d'une volonté interne, contraire à la volonté déclarée, (par exemple, cas de la réserve mentale, volontaire ou non), mais en admettant que cette preuve soit faite, il n'est pas certain que les tribunaux français feraient triompher la volonté réelle, et déclareraient que le contrat n'a pu se former (112), sauf cas d'erreur purement matérielle ; il s'agirait alors d'une erreur d'expression et non d'un vice du consentement (113). Cependant, il en serait sans doute différemment dans le cas où la preuve serait rapportée d'une inhibition de la volonté, par exemple par l'utilisation, même sous contrôle médical, de tranquillisants et autres produits similaires, car il pourrait y avoir alors absence de consentement.

111 - Colin et Capitant, 1959 t.II n° 592 et s. et n° 626 ; Mazeaud 3ème éd. T.II n° 129 ; Ripert et Boulanger t.II n° 322 p. 131 ; Planiol et Ripert par Esmein 2ème éd. t.VI n° 102 et 103 ; Marty et Raynaud 1962, t.II-lère P.n°42 et 97 ; En revanche, le doyen Carbonnier (traité t.II n° 99 p. 344, éd.1967) se rapprochant de la conception théorique du droit allemand est opposé à l'importance donnée en droit français, "au vouloir intime". Selon lui, "la parole donnée est un fait extérieur, fait social et déclaration de volonté" qui doit suffire à donner sa force au contrat.

112 - Mazeaud 3ème éd. t.II n° 123.

113 - Martin de la Moutte op. cit. n°221 p. 208.

Pour être juridiquement efficace, le consentement doit émaner d'une personne consciente de ce qu'elle fait, et dont la volonté est libre et suffisamment éclairée (114).

A - L'existence du consentement

68. - Si l'intelligence fait défaut, si une personne n'a pas conscience de ce qu'elle va décider, il ne peut y avoir consentement. Ainsi en est-il pour celui qui n'est pas physiquement capable d'avoir et d'exprimer une volonté (115).

C'est ainsi que la Cour de cassation a annulé l'acte de vente, signé par un homme gravement malade, qui ne pouvait ni parler, ni signer seul et est décédé le soir même (116). Mais, comme le fait remarquer J.Ch Laurent, en commentant cette décision, certaines fatigues purement physiques, d'intenses difficultés d'ordre psychologiques, des souffrances de quelque nature qu'elles soient, peuvent entraîner "un état de déficience et de dépression psychique rendant incapable de prendre une décision".

En droit commun l'appréciation de la volonté réelle de s'obliger dépend des juges du fond (117), qui pourront prononcer la nullité pour défaut de consentement. En sera-t-il de même, lorsque la mère mineure a consenti à l'adoption, aussitôt après la naissance, alors qu'elle est encore sous l'effet du choc physiologique et en plein désarroi moral et psychique, par suite de l'attitude de rejet

114 - art. 1109 du C.C., Cf B - la validité du consentement n° 69 et s.

115 - Planiol et Ripert traité éd.1957 t.II n° 132 et supra protection générale du malade mental n° 61 et s.

116 - 17 nov. 1955 J.C.P. 1955.II.9226 et note J.Ch.Laurent

117 - C.C. 19janv.1966, Bull. Cass. 1966.I. p. 30 n° 40.

de sa famille et du milieu social, et de l'abandon de son
amant ? (118) Compte tenu de l'exigence de l'acte authen-
tique, de tels cas soulèveraient des difficultés de preuve
presqu'insurmontables, d'autant plus que l'officier minis-
tériel doit normalement refuser de rédiger l'acte, s'il es-
time que celui qui contracte n'est pas dans un état normal,
et que la préposée aux admissions du service de l'Aide so-
ciale à l'Enfance en ferait tout autant (119) ; cependant,
on ne peut a priori les écarter et il faut noter qu'une ac-
tion en nullité du consentement pourrait fort bien se con-
cevoir.

B - La validité du consentement donné par les parents

69. - Le Code civil n'étudie pas les vices et les
qualités du consentement en général, mais seulement leur
application en matière contractuelle (120). On a pu se de-
mander si ces dispositions étaient applicables à l'acte
unilatéral (121) ; pour la Cour de cassation, il ne fait
pas de doute que "les causes de nullité qui atteignent le
consentement sont applicables aux actes unilatéraux" (122).

118 - La Cour d'appel de Grenoble a tenu compte, dans une
telle espèce, pour recevoir l'action en nullité et la tier-
ce opposition formée par la mère contre un jugement de légi-
timation adoptive, de son état de désarroi compréhensible,
d'une dépression nerveuse constatée médicalement. (L'acte
d'abandon avait été signé à la clinique 3 jours après la
naissance) Grenoble 2ème Ch. 12 mai 1948 préc.

119 - Pour la préposée aux admissions, un cas de conscien-
ce grave se poserait en tout état de cause, le consentement
à l'adoption ne se concevant qu'au moment de la remise d'
un enfant et l'admission de cet enfant ne pouvant être re-
fusée.

120 - CH.II du titre sur les contrats art. 1109 et s.

121 - Martin de la Motte op. cit. n° 210 p. 198.

122 - 24 mai 1948, D.1948.J.17 note Lenoan, S.1949.1.109
note Delaume.

L'acte volontaire par lequel le parent consent à l'adoption de son enfant doit, pour être juridiquement efficace, émaner d'une volonté libre, suffisamment informée et non faussée par un acte de violence ou des manoeuvres frauduleuses.

Comme il est du plus haut intérêt, pour éviter des conflits futurs, que la manifestation de volonté corresponde à une volonté réelle, et que son auteur la considère comme irréversible, il avait été proposé, au cours des discussions à l'Assemblée Nationale (123), que le consentement ne devienne définitif et irrévocable, qu'après son homologation par le tribunal de grande instance du lieu de sa réception : le tribunal statuant en chambre du conseil, les parents entendus, assistés de leur conseil, et ce, après un délai de réflexion de six mois. Cette procédure n'a pas été retenue.

Certes, la comparution personnelle devant le tribunal présentait des avantages certains quant à l'information des parents et à la sincérité de leur consentement. Mais quels parents s'y seraient prêtés ? Le résultat atteint n'aurait-il pas été à l'encontre du but poursuivi ? La situation juridique des enfants, au lieu d'en être clarifiée, serait ^{alors} restée sans solution.

Le législateur s'est donc contenté de décrire, dans l'article 55 du Code de la famille et de l'Aide sociale, les formalités qui s'imposent aussi bien à l'Aide sociale qu'aux "personnes ou associations autorisées" (124). Elles ont pour but d'éclairer les parents sur les conséquences de leur consentement ou d'un abandon formel, mais dans

123 - amendement n° 54 présenté par Mmes Prin et Vaillant-Couturier, Débats Parl. J.O. 18 nov. 1965 p. 4697.

124 - par application de l'art. 100-1 al. 3 du même Code.

quelle mesure permettent-elles de s'assurer que leur volonté est "libre" ? (125)

Ainsi le consentement à l'adoption peut fort bien être vicié par une erreur, donné sous l'effet de la violence ou surpris par dol.

1) L'erreur

70. - Deux sortes d'erreur peuvent être envisagées : l'erreur obstacle (126), qui empêche la formation du contrat et entraîne la nullité absolue; l'erreur, vice du consentement, qui suppose que le contractant s'est trompé au moins sur un élément de l'opération, et entraîne la nullité relative.

a) L'erreur-obstacle

- L'erreur sur la nature de l'acte

Le parent croit consentir à une adoption simple sans rupture de liens, alors qu'il s'agit en réalité d'une adoption plénière.

Cette erreur si grave, que le consentement tout entier paraît détruit, semble impossible à invoquer dorénavant. En effet, à la différence du droit commun, où l'information préalable n'est pas réglementée, ou, au contraire, il est admis que le plus fort l'emporte par son astuce ou son intelligence, dans le droit de l'adoption,

125 - même si la préposée aux admissions est une femme de grande expérience, ce qui n'est pas toujours le cas, il lui est difficile de s'en assurer, lorsque l'enfant est remis par exemple, au cours d'un seul et unique entretien.
126 - Hazeaud, 3ème éd. tome II n° 161 - Carbonnier, traité 1967 n° 102.

le législateur en fait une obligation précise, à la charge de celui qui reçoit le consentement, et il n'est pas pensable que ce dernier ne s'aperçoive pas de la croyance erronée des parents.

- L'erreur sur l'identité de l'enfant

Il faut supposer ici une substitution d'enfant à la naissance, hypothèse rarissime heureusement. Un tel consentement n'a aucune valeur puisqu'il est donné par une personne qui n'a pas le pouvoir de consentir, et les conditions énoncées par l'article 351 du Code civil n'étant pas remplies, le placement de l'enfant en vue d'adoption n'entraînerait aucun effet juridique.

En revanche, une fois le jugement d'adoption devenu définitif, les parents pourraient-ils obtenir la restitution de leur enfant ? La voie de la tierce opposition leur étant fermée (127) et en vertu de la règle "voies de nullité n'ont lieu contre les jugements", cela paraît impossible (128). Mais si l'on attribuait au jugement d'adoption un caractère gracieux, une voie de recours pourrait être envisagée, celle de la nullité (129). L'illégalité est ici flagrante, une personne n'ayant pas qualité à donné son consentement, ce consentement est nul, il est même inexistant.

- L'erreur sur la cause

La mère n'a consenti que parce qu'elle croit que le père de l'enfant l'a abandonnée, alors qu'il

127 - art. 353-1 du C.C. et infra 2ème P.

128 - Ainsi la solution est plus sévère en cas d'adoption que dans le cas d'un échange involontaire de deux enfants légitimes, dans une maternité (affaire des jumeaux de Lille).

129 - infra n° 287

était retenu loin d'elle par une cause indépendante de sa volonté. Ainsi la cause pour laquelle la mère a consenti n'existait pas (130). Pour M. le doyen Carbonnier (131), commentant une hypothèse très voisine, il y a là une erreur si profonde, qu'on peut la considérer comme ayant détruit le consentement : "il y a nullité absolue, sinon existence".

Afin d'assurer la sécurité des rapports contractuels, les tribunaux, tout en admettant un élargissement du concept de cause dans le respect de la volonté des parties, font jouer deux limites : appréciation objective de la cause, par rapport au but juridique poursuivi, exigence d'une connaissance du motif déterminant par le co-contractant (132). En l'espèce, exigeraient-ils que le motif déterminant soit connu de l'oeuvre, du particulier ayant recueilli l'enfant, bien qu'il ne s'agisse pas d'un co-contractant, au sens strict ?

En tous cas, si le consentement est annulé, la sécurité des candidats adoptants risque de devenir un leurre, malgré les garanties que le législateur a voulu leur donner !

b) L'erreur : vice du consentement

71. - En droit commun, cette erreur est prise en considération, qu'il s'agisse d'une erreur de fait ou de droit, à la seule condition qu'elle ait été déterminante.

130 - Ch. Req. 7 juill. 1931, D.H. 1931.J.445, le père prétendu s'était engagé à subvenir aux besoins d'un enfant, car il croyait à tort que celui-ci était né de ses oeuvres, la Cour d'appel a prononcé à bon droit la nullité du consentement pour erreur sur la cause de l'engagement.

131 - Traité, T.II éd. 1967 n° 102 p. 353, hypothèse d'une donation faite à une oeuvre charitable par le père d'un fils unique que l'on croit mort à la guerre.

132 - Encycl. D. v° Cause n° 48 et s. par J. Maury.

- L'erreur de droit

On peut légitimement penser que les formalités légales de l'article 55 du Code de la famille et de l'Aide sociale une fois remplies, l'erreur de droit sur les effets du consentement, en particulier sur son irréversibilité et sur la rupture des liens avec la famille par le sang, ne pourra plus être une cause de réclamation des parents (133).

- L'erreur de fait peut porter sur la substance ou sur la personne.

. L'erreur sur la substance ou qualité substantielle de la chose peut être considérée dans l'acte unilatéral, comme une erreur sur le motif déterminant ou sur la cause (134). Elle se ramène ainsi à l'étude de la cause (135).

. L'erreur sur la personne

L'erreur sur la personne correspond-t-elle à une réalité dans l'acte unilatéral, par lequel le ou les parents consentent à l'adoption de leur enfant ? Deux cas sont à envisager :

Le consentement à l'adoption est donné en blanc en laissant le choix de l'adoptant à l'Aide sociale

133 - La Cour de Paris, le 11 mai 1954 et sur pourvoi la C. cass. le 4 nov. 1958 ont refusé d'annuler une adoption, pour erreur de droit sur les conséquences juridiques de l'adoption. Cette erreur était invoquée par la mère de l'enfant, qui avait consenti par acte authentique, homologué par le tribunal. D.1954.J.598, Bull. Civ. 1958 n° 457 p.377.
134 - Martin de la Moutte op. cit. n° 225 et n° 233 - Carbonnier tome II éd. 1967 n° 102 p. 353 - Josserand note ss Civ. 23 nov.1931. D.1932.1.129.
135 - supra n° 70.

à l'Enfance ou à l'oeuvre qui a recueilli l'enfant, par application de l'article 348-4 du Code civil.

La personnalité de l'adoptant est certainement indifférente pour la validité de l'opération. En revanche, la non habilitation de l'oeuvre d'adoption à laquelle les parents ont remis leur enfant, tout en consentant à l'adoption, peut-elle ^{être} assimilée à une erreur sur la personne, au sens de l'article 1110 du Code civil ? Il ne le semble pas, car la considération de l'oeuvre n'a pas été "la cause déterminante" de l'abandon et du consentement.

Le consentement à l'adoption est fait à personne dénommée, sous réserve des conditions posées par l'article 348-5 du Code civil.

En ce cas, se trouve en face du parent, une personne dont l'acceptation de principe est nécessaire pour que l'opération ait une existence réelle. La considération de cette personne joue alors un rôle primordial et on peut en conclure que l'erreur sur l'identité physique ou civile ou ^{sur} l'état pourrait entraîner la nullité du consentement.

En serait-il de même, de l'erreur sur les qualités jugées essentielles pour élever un enfant et assurer son avenir ? Il est permis d'en douter, car il s'agit d'une erreur de nature trop subjective.

72. - Toutefois, il ne faut pas oublier que si en droit commun le contrat est parfait par l'accord des parties, ici, le consentement donné par les parents n'a pas de force en lui-même ; il n'est qu'un préalable nécessaire, comme le consentement donné par les parents au mariage de leur enfant mineur. Le tribunal peut toujours refuser de prononcer l'adoption, s'il juge qu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant.

Mais une fois l'adoption prononcée, ses conditions appréciées par le tribunal, l'opinion que le parent de l'enfant peut avoir sur les qualités de l'adoptant n'a plus aucune valeur ; par conséquent une action en nullité du consentement pour erreur sur la personne ne pourrait être recevable que pendant le laps de temps antérieur au jugement.

Il faut donc noter que la sécurité des adoptants n'est complète, qu'au jour du jugement et non au jour du placement de l'enfant, contrairement "aux promesses" de l'article 351 du Code civil.

2) La violence

73. - Toutes les conventions sont susceptibles d'être viciées par la contrainte, les manifestations unilatérales de volonté, comme les contrats (136).

La violence peut être physique, matérielle ou morale, mais comme le fait remarquer M. le doyen Carbonnier (137) "la violence violente tend à devenir rare dans nos sociétés policées, elle se traduit plutôt par une violence astucieuse". On peut ranger dans cette catégorie l'exploitation de la détresse d'autrui, des circonstances sociales et économiques, de la pauvreté, de la solitude...

Elle peut consister en un acte positif, mais également dans une simple menace, comme la menace d'une abstention : par exemple, si l'auteur, après avoir accepté de rendre un service indispensable à autrui, refuse

136 - Josserand "Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé". Paris 1928. n° 80.

137 - Traité 1967, tome II p. 362 n° 105.

ensuite de s'exécuter (138). Ainsi en serait-il de l'intermédiaire, qui, ayant promis de trouver une nourrice pour l'enfant, exige au dernier moment que la mère consente à l'adoption.

Les tribunaux recherchent, dans chaque cas, si la violence a ou non vicié le consentement ; ils ne se contentent pas de rechercher si elle était de nature à faire impression sur une personne raisonnable (139), en égard au sexe, à l'âge (140), à la condition des personnes, mais tiennent compte de notions psychologiques, ou de la vigueur intellectuelle, appréciant si la violence a été déterminante in concreto (141).

74. - La violence est prise en considération dans tous les cas, indépendamment de la position de son auteur vis à vis de celui qui consent.

- La violence émanant des futurs adoptants peut être imaginée dans le cas où le consentement à l'adoption est donné en faveur d'une personne dénommée ; en supposant par exemple, que celle-ci se soit attachée à l'enfant et fasse pression sur les parents pour le garder définitivement.

- La violence peut être exercée par un tiers, intermédiaire agréé ou non, qui estime, par exemple, que l'intérêt de l'enfant est d'être élevé par d'autres que ses parents par le sang (142).

138 - Planiol et Ripert par Esmein tome VI "les obligations n° 192.

139 - art. 1112 du C.C.

140 - Mazeaud 3ème éd. tome II n° 204 p. 159 - Paris 2 déc. 1952, D.1953. Somm. 57 ; Civ. 3 déc. 1959, G.P. 1960.I.16.

141 - Lyon 30 janv. 1964, G.P. 1964.I.420.

142 - délit de provocation à l'abandon art. 353-1 du Code pénal.

- La violence peut émaner de l'amant, qui ne tient pas à s'embarasser d'un enfant, mais aussi du mari, lorsqu'ayant des doutes sur la filiation de l'enfant, il oblige sa femme à choisir entre le divorce et l'abandon de l'enfant (143).

- La violence peut provenir des ascendants. La position sociale des parents, leur souci de protéger l'avenir humain de leur enfant, "l'honneur de la famille" peuvent donner lieu de leur part à des pressions regrettables, d'autant plus efficaces que leur fille est plus jeune et influençable et sans aucun moyen d'existence.

En revanche, conformément au droit commun (art. 1114 du Code civil) ne peut être prise en considération, la simple crainte révérentielle des ascendants, considérée comme conforme aux intérêts de leur enfant. Ce en quoi, des doutes peuvent être émis, lorsqu'elle a pour résultat, en particulier, de cacher une naissance illégitime et d'augmenter ainsi la solitude et le désarroi de la jeune mère célibataire.

Généralement, les violences sont insuffisantes à elles seules ^{pour} déterminer le consentement, mais elles facilitent l'effet du dol.

75. - La violence résultant des circonstances est admise par certains auteurs (144). Pour M. Mazeaud(145)

143 - Aix 7 janv.1965 J.C.P. 1965.II.14264 note Raynaud, rev. trim. 1965.177 obs. Raynaud et 1967 p. 139 obs. Nerson ; J.C.P. 1956.I.1315 note Vismard. cassé par la C.C. le 23 mai 1967, renvoyé devant la C.Lyon, qui n'a pas encore statué et ne statuera probablement jamais.

144 - Josserand op. cit. n° 82 et 83 ; Planiol et Ripert par Esmein t.VI n° 195 ; Ripert et Boulanger T.II n° 200 ; Colin et Capitant t.II n° 301 et Lallemand "l'état de nécessité en matière civile". Paris 1922 n° 45 et s.

145 - Traité 3ème éd. T.II n° 203.

la contrainte est un vice du consentement, il est donc indifférent qu'elle soit provoquée par une faute ou un événement anonyme et il serait socialement très grave de donner efficacité à un contrat passé sous l'empire de la nécessité, compte tenu du fait que le plus souvent le cocontractant connaissait la situation (146).

La jurisprudence est plus hésitante, elle refuse généralement d'annuler pour insuffisance de consentement l'engagement souscrit sous l'empire de la nécessité. Ainsi en a-t-il été des ventes faites de 1940 à 1945 par des personnes obligées de quitter la France à cause de leurs opinions politiques (147) ; d'une vente conclue par une personne âgée, sous l'empire d'un état d'anxiété dû à la "peur de manquer" (148).

Toutefois, elle l'a admis exceptionnellement, si deux conditions rendent le contrat particulièrement immoral : la nécessité a un caractère injuste (149) et le cocontractant a abusé de la situation (cas de réduction des engagements excessifs en matière de sauvetage maritime, solution admise par le législateur dans la loi du 29 avril 1916). En tous cas, la contrainte morale ne suffit pas à elle seule à constituer l'état de nécessité (150).

146 - Pour le doyen Ripert l'état de nécessité en lui-même n'est pas une cause de nullité du contrat...l'injustice ne commence que lorsqu'une autre personne, connaissant cet état l'exploite immoralement. in "La règle morale dans les obligations civiles" 4ème éd.Paris 1949 n° 46 p. 85.

147 - La C.C., le 26 juill. 1949 (G.P.1949.II.363) n'a pas pris position.

148 - Lyon, 30 janv.1964, préc.

149 - C.C. 30 juin 1953, Bull. Civ. 1953.I.187.

150 - La C. de cass. est très stricte et exige une cause externe irrésistible C.cass. 27 janv.1933, G.P. 1933.I.489 ; contra Trib. Corr. Dijon 27 fév. 1968, D.1968.J.739 et note critique Bouzat ; Cf Bouzat - Traité de drt pénal et de crim. générale Paris 1963. T.I p. 276 et s.

En matière de consentement à l'adoption, comment déterminer avec certitude, le degré à partir duquel les difficultés économiques et sociales exercent une pression telle sur la volonté que celle-ci n'est plus libre ?

Que déciderait le juge, s'il était amené à trancher un conflit entre une oeuvre autorisée, qui a recueilli un enfant (après consentement de la mère à son adoption), l'a placé dans une famille. qui refuse de le rendre, conformément aux dispositions légales, et une mère célibataire mineure (rejetée par sa famille), sans moyens financiers d'existence, si celle-ci, regrettant son geste après l'expiration du délai de rétractation et ayant retrouvé une certaine place dans la société, invoquait l'état de nécessité ?

L'éventail des lois sociales et des dispositions destinées à venir en aide aux jeunes mères et à les réinsérer dans la société est-il suffisant pour déclarer que l'état de nécessité n'existe pas ?

Jusqu'à quel point, ceux qui ont un foyer, des ressources et qui cherchent un enfant à adopter, ne profitent pas indirectement de la pauvreté, de la solitude, de ceux ou^{de} celles qui n'ont pas le courage, mais peut-être pas aussi les moyens d'affronter la vie ?

Est-ce, ce qu'ont pensé les magistrats de la Cour de Paris, lorsqu'ils ont décidé que la cession par la mère de ses droits d'autorité parentale n'était pas "libre", si elle avait été faite sous la pression des circonstances, dans le seul but "d'assurer à son enfant une vie aisée et une éducation qu'elle craignait de ne pouvoir lui donner elle-même" ? (151); si la solution rete-

nue par la Cour de Paris était suivie que deviendrait "la sécurité" des adoptants, telle qu'elle a été voulue par le législateur en 1966 ? Les magistrats en sont conscients, et il n'apparaît pas qu'ils soient favorables à une telle interprétation.

3) Le dol

76. - Toute nature contractuelle ayant disparu du droit de l'adoption, la question pourrait se poser de savoir, si le dol peut être invoqué, alors qu'il n'y a pas de cocontractant. La doctrine répond par l'affirmative ; dans l'acte unilatéral, le dol est pris en considération, bien qu'il émane forcément d'un tiers, à condition qu'il soit déterminant (152). Peut-être considéré comme tiers, l'adoptant, l'intermédiaire autorisé ou non...

Il est à noter que le législateur, tout en déniait toute nature contractuelle à l'adoption plénière, autorise la tierce-opposition contre le jugement déclaratif d'abandon dans le cas de dol ou ^{de} fraude et contre le jugement d'adoption, lorsque le dol ou la fraude émanent de l'adoptant lui-même.

Il est difficile d'admettre dorénavant que les parents puissent être trompés sur les conséquences juridiques de leur consentement, mais on peut imaginer que l'adoptant ait fait des promesses fallacieuses : possibilité de visites, de contacts affectifs... ; que l'inter-

152 - Demogue traité des obligations Paris 1923 t.I n°379; Aubry et Rau, t. IV note 26 § 343 bis ; Planiol et Ripert t. VI par Esmein n° 204 in fine ; Mazeaud 3ème éd. t.II n° 192 ; Martin de la Moutte op. cit. n° 217 p. 205 ; La Commission de réforme du Code civil s'était prononcée pour la suppression de la règle par laquelle l'auteur du dol doit être un cocontractant. Travaux 1947-48 p. 211, Avant-projet p. 196 art. 15.

médiaire ait exagéré les difficultés qui attendent la mère célibataire : impossibilité de trouver un mari, rupture avec la famille, difficultés pécuniaires... tout en diminuant la portée des mesures sociales.

On peut se demander si la simple réticence pourrait être retenue ? Selon le doyen Ripert, "la réticence devient coupable, si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre" (153). Toutefois, la réticence est plus malaisée à prouver que le dol positif et d'autre part, elle est moins dangereuse (154).

De toutes façons, il sera particulièrement difficile pour les parents d'apporter la preuve des manoeuvres dolosives (155).

Un exemple nous en est fourni par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 11 mai 1954 (156). La mère d'un enfant demandait l'annulation de l'adoption, en soutenant que son consentement n'avait été donné que par erreur, extorqué par violence et surpris par dol ; elle prétendait, entre autres, que l'adoptant lui avait fait des promesses, dont il savait l'inanité, en particulier sur son droit de visite et d'hébergement ; écartant l'erreur de droit, comme cause d'annulation, la Cour repoussait les autres moyens pour absence de preuve.

En admettant que le parent ait réussi à apporter la preuve de ces manoeuvres, de ces mensonges,

153 - La règle morale dans les obligations civiles op. cit. n° 48 p. 89.

154 - Carbonnier, 1967 t.II n° 106 p. 165.

155 - Pour M. Malaurie, il est plus facile de prouver l'absence de consentement que l'atteinte au consentement note ss Cass. 4 juin 1957 D.1958.J.79.

156 - préc. et sur pourvoi Civ. 4 nov.1958, préc.

il faudra en plus, qu'il prouve que l'erreur suscitée a joué le rôle de facteur déterminant de son consentement.

77. - Cependant, bien qu'il apparaisse très difficile, sinon impossible pour le ou les parents, de faire la preuve du ou des vices qui ont entaché leur consentement et de leur caractère déterminant, ils auront la possibilité d'intenter, par application du droit commun, une action en nullité relative. pendant cinq ans (157), à la seule condition que le tribunal n'ait pas encore prononcé l'adoption, et ce, quelque soit l'origine des manœuvres alléguées. Au contraire, une fois le jugement rendu, seuls pourront être invoqués, par la voie de la tierce-opposition, le dol et la fraude émanant de l'adoptant, et ce, pendant trente ans, par application de l'article 353-1 du Code civil (158).

On ne peut manquer d'être effrayé par cette possibilité nouvelle de conflits, introduite par le législateur, sous couvert de faciliter l'adoption des enfants, et alors même que l'utilité d'un tel consentement n'apparaît pas d'une façon évidente. En effet avant 1966, les mères qui abandonnaient leur enfant à l'Aide sociale à l'Enfance, signaient un procès verbal d'abandon, et comme elles étaient informées que l'enfant pouvait être donné en adoption, elles consentaient implicitement à l'adoption. Une fois les délais écoulés, et l'enfant immatriculé comme pupille, il devenait adoptable. En revanche, la procédure que devaient suivre les oeuvres était plus lourde et exigeait dans tous les cas l'intervention du tribunal.

157 - art. 1304 du C.C., modifié par la loi du 3 janv. 1968

158 - voir toutefois sur ce point, infra 2ème P. "les voies de recours contre le jugement d'adoption", n° 275 et s.

Mais si le consentement à l'adoption peut se justifier, lorsque l'enfant est remis à une oeuvre autorisée, et qu'ainsi des garanties certaines sont accordées à la mère et à l'enfant lui-même, il n'en n'est pas de même lorsque celui-ci est remis directement au futur adoptant, le consentement étant reçu par un notaire. Aucun contrôle véritable n'est alors aménagé sinon a posteriori au moment de la procédure d'adoption et alors que la greffe affective est réalisée.

On peut ainsi regretter que l'intervention du tribunal n'ait pas été maintenue, suivant les modalités du titre II de la loi du 24 juillet 1889, insérées sans grands changements dans les articles 376 et suivants du Code civil, par la loi relative à l'autorité parentale ; les règles relatives à la délégation de l'autorité parentale n'ont nullement été abrogées par la loi sur l'adoption, ^{pourtant} le fait d'abandonner l'autorité parentale sur son enfant paraît être entouré de plus de garanties que consentir à s'en séparer définitivement et irrévocablement par un consentement à l'adoption.

En dernier lieu, le consentement pourrait être vicié d'une façon irrémédiable et donner lieu à l'ouverture d'une action en nullité absolue, si la cause de l'engagement était reconnue immorale ou illicite (159).

4) La cause

78. - La cause est entendue ici dans le sens concret, cause impulsive et déterminante (160).

159 - art. 1108, 1131, et 1133 du Code civil.

160 - cause concrète "ou mobile" Mazeaud, 3ème éd. n° 265 et s.

Le principe de l'autonomie de la volonté a pour limites l'intérêt social et l'ordre public, dont le juge a pour mission d'assurer le respect. Le Code civil n'ayant pas défini la cause, la jurisprudence applique l'article 1133 d'une façon large, poursuivant ainsi son oeuvre de moralisation du contrat (161) et annule les conventions, lorsque les mobiles qui ont déterminé les parties sont illicites ou immoraux.

Le consentement à l'adoption donné par les parents est soumis aux mêmes règles de fond et ne peut être tenu pour valable, s'il est l'occasion d'enfreindre une règle légale (162), ou si sa cause est immorale.

Ainsi, dans le cas où le consentement à l'adoption d'un enfant de moins de deux ans serait donné, sans qu'une prise en charge réelle soit faite par un intermédiaire agréé (163), le juge, constatant que les conditions légales ne sont pas remplies, pourrait refuser de prononcer l'adoption. Il est bien certain alors que les parents pourraient réclamer leur enfant et auraient des chances de réussir dans leur action, s'ils étaient encore dans les délais utiles pour s'opposer à une déclaration judiciaire d'abandon.

79. - Comme illustration de cause immorale, on peut imaginer la remise d'un enfant contre le versement

161 - Ripert "la règle morale dans les obligations civiles" op. cit. n° 36.

162 - c'est la cause illicite Ripert et Boulanger t.II n° 312 p. 126 - les tribunaux exigent que la volonté d'évincer la loi soit "le seul but des parties".(à suivre).

163 - Il semble que la prise en charge purement théorique que certains étaient amenés à pratiquer dans un but louable, du reste, ne soit plus possible, vu le contrôle très strict auquel ils sont soumis.

162 (suite) - Note Pageaud ss Trib. Civ. de Chatellerault 29 mai 1951, J.C.P. 1951.II.6460.

d'une somme d'argent, soit que celle-ci ait été versée aux parents par les futurs adoptants, soit qu'elle ait été remise par un tiers, les candidats adoptants étant tenus dans l'ignorance (hypothèse assez peu vraisemblable).

Il est bien certain que le consentement sera nul, de nullité absolue (164). En outre, des poursuites pénales pourraient ^{être} engagées (165) contre la personne qui, par ses agissements, a provoqué l'abandon de

l'enfant, dans la mesure où la prescription de trois ans ne jouerait pas.

Mais ce qui est moins sûr, c'est que le parent puisse, en invoquant ce moyen (166) et en admettant qu'il arrive à le prouver, obtenir la remise de son enfant (167), lequel serait probablement confié par le tribunal à l'Aide sociale à l'Enfance, si les futurs adoptants avaient participé à la fraude (168).

Mais dans le cas contraire, que décidera le juge ? L'intérêt de l'enfant est certainement de rester dans la famille de recueil. Pour prononcer l'adoption, il faudra sans doute provoquer une déchéance de l'autorité parentale; mais une fois l'adoption prononcée, elle sera inattaquable.

164 - Si celui qui accomplit un acte juridique y a été conduit par un motif contraire à l'ordre public, cet acte est nul. Mazeaud t.I 3ème éd. n° 265 et T. II 3ème éd. n° 283 ; Colin et Capitant 1959 t. II n° 755; A. Ponsard Encycl. D.1953 v° nullité n° 63 ; Capitant "de la cause des obligations" p. 16 n° 6 § 2 Paris 1923.

165 - art. 353-1 du Code pénal.

166 - On peut supposer aussi que ces circonstances sont apparues, au cours de l'enquête effectuée par le parquet, pendant la procédure d'adoption.

167 - par application de la maxime "nemo auditur turpitu dinem..." Ripert "la règle morale dans les obligations civiles" op. cit. n° 104 et s.; Répertoire Dalloz, v° contr. et conventions n° 47; Paris 1 févr. 1930 D.H. 1930.J.218.

168 - Dans ce cas, même le prononcé du jugement d'adoption ne mettrait pas les adoptants à l'abri d'une tierce opposition formée contre le jugement d'adoption et ce, pendant trente ans, art. 353-1 du C.C.

Il faut noter toutefois la difficulté de faire la preuve de tels faits. Par suite de l'exigence de l'acte authentique, la recherche de la preuve intrinsèque ne peut apporter aucune lumière au juge ; seul l'examen des circonstances de fait, la recherche de présomptions et d'indices, peuvent permettre d'établir avec une probabilité suffisante l'existence du motif illicite ou immoral (169).

Ainsi l'action en nullité absolue pour cause immorale ne semble pas pouvoir se retourner contre les adoptants, sauf au cas où ils auraient eux-mêmes participé à la fraude. Toutefois, dans de nombreuses hypothèses, leur sécurité ne sera complète qu'après le prononcé du jugement d'adoption plénière, encore faut-il ajouter que l'absolu n'existe pas, l'action en nullité contre le jugement lui même n'est pas inconcevable (infra n° 287).

Le système présente-t-il plus de sécurité lorsque le consentement est donné par le conseil de famille de l'enfant ?

C - La validité du consentement donné par le conseil de famille

80. - Les développements précédents avaient trait surtout aux conditions de validité du consentement, lorsqu'il est donné par une seule ou deux personnes.

169 - La preuve extrinsèque est admise depuis l'arrêt de la C. cass. du 2 janv. 1907, D.1907.I.137 note Ambroise Colin ; S. 1911.I.585 note Wahl. Dorat des Monts "La cause immorale" thèse Paris 1956 p. 104 n° 123 et 124.

Il semblerait, en effet, que si le consentement émane d'une assemblée collégiale, votant à la majorité après délibération, aucun problème de validité ne puisse se poser et partant, que des contestations ultérieures soient impossibles (170).

Mais le consentement du conseil de famille peut être aussi donné par erreur (171) , il peut être surpris par dol ; certains membres ont pu être amenés à consentir, poussés par des raisons illicites ou immorales. Aucun recours spécial n'ayant été prévu par le législateur de l'adoption, conformément au droit commun, deux recours peuvent être exercés contre la délibération.

1°) Un recours pour vice de forme, par la voie d'une action en nullité

L'article 416 alinéa 1 du Code civil le prévoit dans le cas de dol ou de fraude ayant vicié la

170 - Il a été jugé par le trib. civ. de Clermont que le conseil de famille doit consentir en termes précis et sans ambiguïté et qu'un délai de deux ans entre le consentement et la réalisation de l'adoption est excessif (4 juill. 1952. J.C.P. 1953.II.7453 note J. Garnier).

171 - par exemple : croyance erronée dans le décès des parents. Toutefois, la Cour de Dijon, le 30 nov. 1948 (préc.) et sur pourvoi la Cour cass. 8 juill. 1952 (préc.) ont refusé d'annuler (à la demande d'un oncle et d'une tante vivant en Amérique) la délibération du conseil de famille, qui avait autorisé l'adoption d'une fillette israélienne, dont les parents étaient morts en déportation. Dans cette espèce, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant a été déterminante.

décision et dans le cas d'absence de formalités substantielles (172).

Ce recours est ouvert au tuteur, au subrogé tuteur, aux membres du conseil de famille, au procureur de la République (173) et au mineur devenu majeur, pendant deux ans, à partir du jour de la délibération et même au delà, le délai partant du jour où la fraude ou le dol ont été découverts.

Si l'enfant a été remis en vue d'adoption et si le consentement donné est annulé, les effets juridiques du placement (art. 351 et 354 du Code civil) seront-ils effacés rétroactivement par application de l'article 416 alinéa 4 ? (174)

Le tribunal, saisi d'une demande en restitution, donnera-t-il la préférence à la famille qui a

172 - Le législateur vise sans doute une irrégularité grave de la composition du conseil de famille (ex. nombre minimum de membres prévus non atteint), car la composition du conseil de famille étant dorénavant fixée, en principe une fois pour toutes, à l'ouverture de la tutelle, cette composition doit normalement être attaquée par un recours contre la désignation faite par le juge des tutelles. Marty et Raynaud, Traité, 2ème éd. t.I 2ème vol. n° 563 et 588. Pour annuler la délibération, la jurisprudence antérieure exigeait que l'irrégularité provienne d'une fraude destinée à éliminer certains parents (Cass. Civ. 27 fév. 1928 D.P. 1929.1.22), ou qu'elle ait causé un préjudice à l'incapable (Riom 5 nov. 1951. J.C.P. 1952.II.7221 note H.G.) ; Planiol et Ripert t.I par Savatier n° 450 p. 517 et s.

173 - ainsi par son intermédiaire, toute personne qui y aurait intérêt, en particulier un membre de la famille non choisi par le juge des tutelles par suite de son âge, de l'éloignement de sa résidence (art. 408 du C.C.) pourrait intervenir.

174 - "les actes accomplis en vertu d'une délibération annulée sont eux-mêmes annulables de la même manière".

recueilli l'enfant de bonne foi, ou au réclamant, en admettant qu'il présente les conditions requises pour élever l'enfant. ? Refusera-t-il de prononcer l'adoption, afin de faire jouer l'article 352 alinéa 2 ? (175)

Ainsi, seul le prononcé du jugement d'adoption donne aux adoptants une sécurité parfaite, malgré le vœu du législateur.

2°) Un recours en réformation de la décision

81. - Ce recours est possible, depuis la loi du 14 décembre 1964, quelque soit l'objet de la décision (176). Il doit être formé dans les quinze jours de la délibération, devant le tribunal de grande instance. Il est ouvert au tuteur, au subrogé tuteur, aux membres du conseil de famille et au juge des tutelles.

Il est regrettable, dans le cas où la délibération a pour but de consentir à l'adoption d'un enfant et a ainsi pour effet de le couper définitivement de sa famille par le sang (ou d'une partie seulement, si l'adoption est réalisée par un membre d'une des branches) (177), que le législateur n'ait pas aménagé un recours spécial, ouvert aux parents de l'enfant ne faisant pas partie du conseil de famille (178).

175 - "... si le tribunal a refusé de prononcer l'adoption, les effets du placement sont rétroactivement résolus".

176 - art. 883-2 al. 2 du Code de pr. civ.

177 - en effet si le juge des tutelles doit "éviter autant que possible de laisser l'une des deux lignes sans représentation" (art. 408 al. 2) ce n'est pas pour lui une obligation légale, depuis la réforme de 1964.

178 - Vu le mode actuel de nomination des membres du conseil de famille, ce n'est pas forcément un signe d'indifférence. Un grand-parent âgé et habitant au loin peut très bien ne pas être choisi par le juge.

En effet, l'enfant risque d'être privé, au nom d'un intérêt éducatif immédiat de son appartenance à un groupe familial et, à la limite, sans que les membres de ce groupe ne soient consultés.

Certes, le juge des tutelles, s'il était induit en erreur, pourrait exercer lui-même ce recours en prenant la demande des parents en considération, mais ce n'est qu'une possibilité et très limitée, le délai pour agir étant seulement de quinze jours (179).

Une fois l'enfant placé en vue d'adoption, il reste bien peu de chances aux parents qui s'opposaient à cette mesure radicale de se faire entendre. La situation de fait créée par le placement devient prépondérante et risque d'influencer le juge d'une façon non négligeable. Cette observation vaut d'ailleurs moins pour le présent recours, qui est inséré dans un délai bref, que pour le recours pour vice de forme, dont le délai est de deux ans et même davantage.

Afin de tenir compte des intérêts divergents en présence, peut-être le juge pourrait-il transformer la demande en adoption plénière en une adoption simple ?

En tous cas, ce système engendre une sécurité incomplète pour les adoptants et en même temps la méconnaissance possible des droits sacrés de la famille ; il s'explique par le désir du législateur de ne pas laisser les enfants attendre et souffrir de l'absence d'un foyer.

179 - infra le délai de rétractation du conseil de famille IIème P. n° 229

Dans un but de protection de la moralité publique, la validité du consentement des parents, comme du conseil de famille, est soumise par le législateur à une condition supplémentaire, lorsqu'il s'agit d'un tout jeune enfant.

D - La validité du consentement en présence d'un enfant de moins de deux ans.

82. - Afin de lutter contre la provocation à l'abandon et le marché noir des enfants à adopter (180), le législateur a édicté une règle impérative, ayant pour but de contrôler l'abandon et le recueil des enfants très jeunes, qui sont les plus recherchés par les familles adoptives.

A moins que l'adoptant n'ait un lien de parenté jusqu'au 6ème degré inclus avec l'enfant, l'article 348-5 exige, pour que le consentement à l'adoption soit valable, que l'enfant soit effectivement remis au service de l'Aide sociale ou à une oeuvre autorisée, qui deviendra ainsi responsable des conditions de validité et d'honnêteté de l'opération.

Une circulaire du 7 février 1967 (181) du Ministre des Affaires sociales aux préfets, insistant sur le caractère de "monopole" ainsi accordé édicte : "tout "placement en vue d'adoption, effectué par des organismes "ou des personnes non qualifiées depuis la date d'entrée

180 - Sous le titre "enfants à vendre" la presse s'était fait l'écho en octobre de 1958 de certaines tractations se passant dans une ville allemande de la zone américaine d'occupation. A l'heure actuelle à Paris, un nourrisson "s'achèterait" jusqu'à 20.000 F.

181 - n° 32 831 publiée au J.O. du 5 mars 1967.

"en vigueur de la loi (1er novembre 1966) est sans issue possible. Le consentement donné aux futurs adoptants doit être tenu comme nul".

Quelle est l'hypothèse pratique visée par cette disposition ? Il s'agit très certainement du nourrisson abandonné à sa naissance par sa mère, qui, refusant de le remettre à un service social anonyme, préfère le confier à une assistante sociale, une infirmière, voire un médecin, dans le but de le voir placé immédiatement dans une famille que ces derniers déclarent connaître et apprécier.

Cette pratique était courante avant l'entrée en vigueur de la loi de 1966 et, si elle répondait au désir immédiat de la mère, elle pouvait ne pas être entourée des garanties nécessaires, tant du point de vue de la liberté du consentement que de l'intérêt de l'enfant et ce, quelque soit le dévouement et bien entendu la bonne foi des intermédiaires.

Deux cas peuvent se présenter :

- l'enfant a été reconnu par sa mère; si celle-ci donne son consentement à l'adoption, il n'est pas juridiquement valable par application de l'article 348-5.

- l'enfant n'a pas été reconnu par sa mère ; celle-ci a signé seulement un acte d'abandon.

Les parents de recueil, ne pouvant se prévaloir de ces pièces pour engager une instance en adoption, devront suivre la procédure prévue par l'article 377-1 du Code civil (anciennement titre II de la loi du 24 juillet 1889) pour les enfants abandonnés sans le concours des parents et obtenir du tribunal une délégation

de l'autorité parentale (182) et après un an, un jugement déclaratif d'abandon.

S'il semble ainsi exagéré de dire que le placement d'un enfant de moins de deux ans par un organisme ou une personne non agréée est "sans issue possible (183), il est certain qu'il comporte le risque très grand de voir réapparaître le parent par le sang, à la faveur d'une des procédures engagées.

La famille de recueil qui a voulu tourner la loi ne bénéficie pas des garanties qu'elle édicte. La sanction de l'irrégularité commise (indépendamment des poursuites pouvant être engagées contre l'intermédiaire par application des articles 100-1 et 100-2 du Code de la famille) est indirecte et résultera de l'état d'incertitude auquel la famille de recueil sera soumise, pendant un laps de temps plus ou moins long.

La dite circulaire va plus loin encore et ignorant l'hypothèse où la demande en adoption a pour but de traduire juridiquement une greffe affective (cas, par exemple, de l'enfant abandonné par sa mère chez une nourrice qui s'est attachée à lui), elle ajoute "aucune adoption plénière ou simple ne pourra être prononcée par les tribunaux, si l'enfant n'a été effectivement remis au service de l'Aide sociale à l'Enfance ou à une oeuvre d'adoption autorisée". Une telle interprétation donne à l'article 348-5 une extension que le législateur n'a pas prévue, et rien ne permet de penser que les tribunaux suivront à la lettre les termes de la circulaire ministérielle.

182 - Cf supra la procédure à suivre n° 30 et 31
183 - circulaire du 7 février 1967.

Sans doute, lorsque le tribunal vérifiera si les conditions légales sont remplies, s'apercevra-t-il que l'enfant n'a pas été pris en charge par une oeuvre. Mais s'il y a eu une déclaration judiciaire d'abandon, par exemple, si l'adoption présente de justes motifs et est conforme à l'intérêt de l'enfant, il ne semble pas possible qu'une décision favorable ne soit pas rendue, et que l'enfant, qui a trouvé une famille, en soit rejeté au mépris de son intérêt le plus absolu.

Afin de remplir l'exigence légale, la famille de recueil pourrait faire intervenir une oeuvre d'adoption autorisée (184), qui prendrait théoriquement en charge l'enfant. Mais cette prise en charge est d'autant plus difficile, en fait, que la réglementation qui pèse sur les oeuvres est devenue très étroite (185).

Dans un but de protection sociale de la mère et de l'enfant, la loi a édicté une réglementation stricte, qui ne tient peut-être pas suffisamment compte des situations particulières de chacun, et de l'importance pour l'enfant abandonné, d'être recueilli affectivement et définitivement, bien avant que les délais de procédure et autres ne soient écoulés (186).

Lorsque l'enfant est de nationalité étrangère et recueilli à l'étranger par des français, l'inter-

184 - Celle-ci accepterait peut-être, mais à condition de garder un certain pouvoir d'appréciation, quant à l'intérêt de l'enfant. En tous cas, les services d'Aide sociale à l'Enfance et spécialement celui du département de la Seine refusent de se prêter à une telle opération, contraire à la règle du secret.

185 - La Marnière "Commentaire de la loi du 11 juill. 1966, portant réforme de l'adoption" J.C.P. 1966.I.2028 n° 11 ; Cf. la réglementation des oeuvres d'adoption, infra n° 215 et s.

186 - Dr Launay "l'adoption" op. cit. ; N. Quemada "Maternage et adoption" op. cit.

vention d'une oeuvre française n'est pas exigée, à condition que l'oeuvre étrangère exerce son activité régulièrement suivant la loi locale (187).

§ 4 - NATURE ET EFFETS DU CONSENTEMENT A L'ADOPTION

83. - Le consentement à l'adoption est un acte unilatéral, cela ne fait aucun doute, lorsqu'il est donné en blanc (188). Les parents consentent, selon la formule de M. le doyen Savatier, "à offrir leur enfant à l'adoption" (189).

Le choix de l'adoptant est alors laissé au service de l'Aide sociale ou à l'oeuvre d'adoption autorisée. Ainsi est assuré le secret nécessaire du placement futur de l'enfant, et aussi une sorte de moralisation de l'abandon, les parents n'étant pas tentés d'abandonner l'enfant pour qu'il ait une vie matérielle plus facile, et encline, alors, à choisir une famille en fonction de sa situation sociale.

A noter toutefois que le service de l'Aide sociale ne prend aucun engagement vis à vis des parents, tandis que les responsables des oeuvres, dont le but essentiel est l'adoption, se reconnaissent moralement obligés de faire adopter l'enfant qui leur est remis, sauf impossibilité résultant de la santé physique ou mentale de l'enfant (190). Les parents sont ainsi assurés, que le

187 - infra 2ème P. n° 219

188 - art. 348-4 C.C.

189 - Sauv. Enf. op. cit. janv. 1967 p. 9.

190 - Annexe voir P.V. de remise d'un enfant à l'oeuvre "Les Nids de Paris". Annexe IV

délai de rétractation écoulé, leur enfant sera placé dans une famille en vue d'adoption.

Lorsque le consentement est donné à personne précise, on peut se demander s'il s'agit encore d'un acte unilatéral ; l'affirmative paraît s'imposer, mais l'acte conclu intuitu personae est affecté d'une condition, à savoir : la réalisation de l'adoption par la personne désignée. Si cette condition venait à défaillir, le consentement serait résolu.

84. - Les parents qui abandonnent leur enfant à l'Aide sociale à l'Enfance renoncent par la même aux droits de l'autorité parentale, mais seul, l'arrêté d'immatriculation ouvrant la tutelle administrative emporte la perte définitive de ces droits (191).

Lorsque les parents remettent leur enfant, en vue d'adoption, à une oeuvre autorisée, ou consentent à l'adoption à personne dénommée, ils renoncent à l'exercice de l'autorité parentale (192) ; mais cette renonciation est-elle suffisante à elle seule pour réaliser le transfert de la totalité des droits de l'autorité parentale, ou a-t-elle seulement pour effet pratique de transmettre le droit de garde et de direction de l'enfant à la famille de recueil ?

En droit français, les droits de l'autorité parentale se rattachent à l'ordre public et ils ne

191 - art. 55 al. 2 du C. famille, Dehaussy ^{op.cit.} p. 128 et s.
192 - Pour que le consentement emporte ses pleins effets, il faut qu'il soit suivi de la remise effective de l'enfant ; sinon par application de l'article 352 du C.C., il serait rétroactivement résolu.

peuvent être modifiés par des conventions particulières (193). La jurisprudence est constante (194), la doctrine aussi (195). L'autorité parentale est indisponible, car elle fait partie de l'état des personnes (196).

Toutefois, pour répondre à des nécessités pratiques, le législateur a autorisé la délégation volontaire; mais pour être efficace, celle-ci exige le concours actif de l'autorité publique, sous forme d'un jugement rendu en chambre du conseil (197).

Aucune disposition de la loi du 11 juillet 1966 ne permet de penser que le législateur a entendu donner au consentement à l'adoption des conséquences aussi contraires au droit positif.

Seul le jugement d'adoption, prononcé par le tribunal de grande instance, et qui va rompre définitivement les liens de l'enfant avec sa famille d'origine,

193 - Encyclopédie Dalloz V° Puiss. pat. n° 15 et s. ; art. 376 nouveau du C.C. (loi du 4 juin 1970), cependant l'art. 376-1 (nouveau) autorise le tribunal, appelé à statuer sur la garde ou l'éducation d'un enfant mineur, à avoir égard aux pactes que les père et mère auraient pu conclure. Cette disposition entérine une pratique jurisprudentielle.

194 - Paris 24 juin 1892 D.P. 1893.II.81 ; Civ. 3 mars 1902. D.P. 1903.1.81 ; T.G.I. Riom 27 sept. 1967. D.1967.J.744.

195 - Stoufflet, "L'abandon d'enfant, étude en droit civil", rev. trim. 1959. 627 n° 28 ; Durand "le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat", rev. trim. 1948.155 n° 4.

196 - Planiol et Ripert, traité t.I "les personnes" par Savatier n° 308 ; Planiol ("les lois ignorées" in rev. crit. de lég. et de jurisp. 1911 p. 157 et s.) s'élève contre l'art. 7 de la loi de 1889, qui permet d'après lui "une véritable cession conventionnelle de la puissance paternelle, ou tout au moins du droit de garde. La volonté des parents étant prépondérante en l'espèce, le tribunal se bornant à "homologuer un contrat".

197 - art. 17 loi du 11 juill. 1889 devenu l'art. 377 du C.C.

aura pour conséquence de transférer aux parents adoptifs la plénitude des droits de l'autorité parentale.

Ainsi, pendant la période de recueil, deux familles auront virtuellement des droits sur le même enfant. Comment se résoudront les difficultés pratiques soulevées par cette situation, qui peut devenir critique, si les familles se connaissent ?

1°) Les parents d'origine restent titulaires de l'autorité parentale.

85. - Ils en gardent certains attributs :

- droit de consentir au mariage de leur enfant (droit très théorique, vu l'âge probable de l'enfant)

- droit de jouissance légale (dans l'hypothèse où l'enfant aurait des biens)

- droit de faire figurer l'enfant sur leur passeport ou de lui en faire délivrer un. Les parents de recueil pourraient faire opposition, semble-t-il, à condition qu'ils soient au courant .

- enfin, si les parents changeaient de nom, de nationalité, l'enfant en changerait aussi.

Leur responsabilité civile ne pourrait être recherchée sur le fondement de l'article 138⁴ alinéa 4 du Code civil, car s'ils sont encore titulaires de l'autorité parentale, l'absence de garde et le défaut de cohabitation "légitime" empêchent le jeu normal de la présomption (198).

198 - Carbonnier, t. II éd. 1967 n° 181 p. 631 "si le père a régulièrement confié l'enfant à un tiers, il n'est plus présumé responsable"; Ollier "la responsabilité civile des père et mère" thèse Grenoble 1959 p.41 n° 32 et s.; Encycl. Dalloz v° responsabilité du fait d'autrui n° 69 et s.

Les droits conservés par la famille d'origine semblent ainsi de peu d'importance pratique, s'agissant d'un jeune enfant.

2°) Les parents de recueil sont titulaires du droit de garde et de direction.

86. - Par le fait du consentement à l'adoption et de la remise de l'enfant, les parents d'origine ont entendu conférer aux parents de recueil, non seulement la garde de l'enfant, mais aussi la direction de sa personne; donc il ne semble pas utile de faire appel à la jurisprudence, qui, en cas de divorce ou de séparation de corps, hésite à donner au parent titulaire de la garde, mais non de l'autorité parentale (199), le droit de choisir la religion de l'enfant (200).

Les parents de recueil seront responsables de l'entretien (201), de l'éducation de l'enfant (202), de la protection de sa santé (203).

199 - La loi du 4 juin 1970 a tranché, par avance, ce débat, en décidant que l'autorité parentale sera exercée par le parent à qui le tribunal aura confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre (art.373-2 du C.C.).

200 - Les oeuvres d'adoption tiennent compte des désirs des parents en matière de religion. Ainsi en est-il de "La famille adoptive française." Certaines oeuvres strictement confessionnelles n'acceptent les demandes en vue d'adoption, que de couples de leur religion, les parents qui abandonnent sont prévenus que leur enfant sera élevé dans telle religion ; mais ils pourront, à leur demande, être adressés à une oeuvre d'une autre confession. Dans la région parisienne, on trouve ainsi une oeuvre protestante "l'adoption familiale - La Cause", une oeuvre catholique "Les Nids de Paris", et une oeuvre Juive "L'oeuvre de secours aux enfants".

201 - Ayant la garde effective, ils percevront directement les prestations familiales, la situation de fait étant d'ailleurs prépondérante dans cette législation, Cf Code de la Sécurité Sociale art. L 525.

202 - Pourraient-ils obtenir une bourse ?

203 - Opérations, vaccinations...

Ayant l'obligation de surveiller l'enfant, les parents de recueil pourraient-ils voir leur responsabilité civile engagée par application de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil ? Il ne le semble pas. La responsabilité édictée est bien liée au droit de garde, mais seulement au droit de garde, qui découle de l'exercice de l'autorité parentale (204). L'article 1384 est d'interprétation stricte, aussi la majorité des auteurs s'accorde pour refuser d'étendre l'alinéa 4 à d'autres personnes que le père et la mère (205).

La jurisprudence est constante (206) et ne fait pas jouer la présomption contre les grand-parents, contre le tuteur, contre l'Aide sociale (207) (qu'il s'agisse d'enfants en garde ou même de pupilles), contre ceux qui ont la garde et élèvent l'enfant depuis plusieurs années (208).

La victime du dommage devra donc actionner les parents de recueil conformément au droit commun, en prouvant leur faute, par application de l'article 1382 du Code civil.

-
- 204 - Traité théorique et pratique de la responsabilité civile par H. & L. Mazeaud & Tunc, 5ème éd. t.I p. 834 n° 717, p. 853 & s. n° 744 & s. ; Savatier R. Traité de la responsabilité civile Paris 1939 T.I n° 247 ; Ripert & Boulanger t.II n° 1098 p. 421; Ollier op. cit. p. 27 n°15.
205 - Sauf le cas où l'autorité parentale aurait été transféré judiciairement par application des art. 17 et 20 de la loi du 24 juill. 1889 ou des art. 377 et s. du C.C. - Mazeaud & Tunc op. cit. n° 755 p. 855 contra Blanc "La responsabilité des parents"- Thèse Paris 1952 n° 52.
206 - Lyon 24 déc. 1946, J.C.P. 1947.II.3641.
207 - Trib. de St Brieuc 19 déc.1939 G.P. 1940.I.328.
208 - Trib. Correct. Seine 6 mars 1951 G.P. 1951.I.325.

Ayant la charge d'assurer l'éducation de l'enfant, il semble que les parents de recueil seraient recevables à demander au juge des enfants. l'application des mesures d'assistance éducative, prévues par les articles 375 et suivants du Code civil.

Pourraient-ils s'opposer, en vertu de la garde, accordée sans restrictions par les parents d'origine, à l'exercice d'un droit de visite par les grand-parents d'origine de l'enfant ? (209)

La jurisprudence imposait cette limite aux droits des parents par le sang, la loi l'imposera à partir du 1er janvier 1971, date de l'entrée en vigueur de la loi relative à l'autorité parentale (art. 371-4), on ne voit pas pour quels motifs les parents de recueil en seraient dispensés ? Mais dans ce cas, on peut se demander, si le tribunal informé d'une pareille demande prononcerait ultérieurement une adoption plénière.

87. - Pendant cette période intermédiaire, des conflits pourront s'élever entre les deux familles, dans le cas surtout où la famille d'origine reviendrait sur sa décision d'abandon, une fois le délai de rétractation écoulé.

L'article 352 fait obstacle à ce que l'enfant soit rendu à sa famille d'origine et si le tribunal était saisi d'une demande de restitution, il devrait en débouter ses auteurs.

209 - Les grand-parents peuvent-ils être liés par un acte juridique auquel ils ne sont pas partie, et qu'ils ont dû ignorer? Si le législateur a admis la prise en considération des droits de la "gens" dans le cas d'une procédure d'abandon, voir infra n° 130 ; il n'a rien prévu dans le cas du consentement à l'adoption, pourtant acte très grave et auquel manquent les garanties judiciaires.

Ceux-ci renonceraient-ils alors à leurs prétentions ? Des affaires récentes permettent de penser que les voies légales étant épuisées, les parents d'origine pourraient recourir à des moyens plus immédiatement efficaces (210), et après avoir percé le secret du placement, (211) enlever "leur" enfant.

Grâce à un passeport parfaitement en règle (212), ils pourraient chercher refuge à l'étranger. Alors qu'aucune décision judiciaire ne leur a enlevé l'autorité parentale, pourront-ils se voir poursuivis pour rapt ou détournement d'enfant ?

En droit français, il est admis que la personne qui a la garde peut recourir à la force publique pour reprendre l'enfant (213) et faire condamner le tiers qui le retient à une astreinte, éventuellement à des dommages-intérêts, indépendamment des poursuites pénales intentées pour rapt et détournement d'enfant (214), ou délit de non-représentation (215). Ces textes pourraient-ils être invoqués par la famille de recueil, contre les parents d'origine de l'enfant ?

210 - tels ceux employés, par exemple, dans l'affaire Finaly, C.Civ. 1ère 23 juin 1953 ; J.C.P.1953.II.7683, rapport Conseiller Jaquillard ; Gaz.Pal.1953.2.52, concl. av.gén. Rey, rejetant le pourvoi formé contre Grenoble 11 juin 1952, Gaz.Pal.T.2.1952.2.T. v° tutelle-tuteur n°1 et Cass.Crim. 13 mai 1953 (sur la non représentation d'enfant) D.1954.J.673 note R.Vouin ; J.C.P.1953.II.7729 note A. Chavanne.

211 - ce ne serait pas difficile, si le consentement avait été donné à personne dénommée.

212 - supra n°85.

213 - Marty et Raynaud traité 2ème éd. t.I 2ème vol. p. 254 n° 235.

214 - par application des art. 354 et s. du Code pénal.

215 - par application de l'art. 357 du Code pénal.

Si le tribunal refusait de les condamner, que deviendrait "l'irréversibilité" du consentement ?

La mise en oeuvre de l'article 352 alinéa 1 oblige le tribunal à ordonner la restitution de l'enfant à la famille de recueil. Toutefois, l'article 353 permet au tribunal de refuser de prononcer l'adoption, si l'intérêt de l'enfant s'y oppose, et en ce cas les effets du placement sont rétroactivement résolus (216).

N'y aurait-il pas ainsi un moyen pour la famille d'origine de tourner les conditions impératives de la loi ? On peut, en effet, douter qu'une procédure d'adoption soit reçue favorablement par un tribunal, dans ces conditions (217).

Ainsi le consentement donné librement par les parents, bien qu'entouré du maximum de garanties par le législateur, peut être remis un jour en question.

Un contrôle judiciaire de cet acte unilatéral de volonté n'aurait-il pas donné une plus grande sécurité ?

C'est ce que le législateur a prévu pour les cas d'abandon douteux des enfants recueillis par l'Aide sociale à l'Enfance, en retirant au service la possibilité de les immatriculer directement, mais en même temps, il a attaché à l'immatriculation comme pupille une conséquence essentielle : la qualité d'enfant adoptable, en introduisant dans l'énumération de l'article 347 nouveau, une deuxième catégorie d'enfants : les pupilles de l'Etat.

216 - art. 352 al. 2 C.C.

217 - le préalable à la procédure d'adoption, en ce cas, serait certainement une instance en déchéance de l'autorité parentale, à condition bien entendu, que les conditions en soient remplies.

SECTION II

LES PUPILLES DE L'ETAT

88. - L'adoptabilité des pupilles de l'Etat ne constitue pas une innovation réelle (418); en effet les pupilles ont été parmi les premiers enfants à bénéficier de l'évolution générale du droit de l'adoption (419) et parmi eux, le pourcentage des adoptés et surtout des légitimés par adoption est en constante augmentation (220).

218 - Ordonnance du 23 déc. 1958 (art. 368 du C.C. et art. 65 du Code fam. et A.S.).

219 - Circulaire du 7 juill. 1936 de l'administration centrale conseillant "de faciliter l'adoption chaque fois qu'elle paraît possible et heureuse pour l'enfant". (J.O. 11 juill. 1936). La loi du 15 avril 1943 sur l'assistance à l'enfance prévoyait l'adoption ou la légitimation des pupilles de l'Etat dont la remise aux parents ne peut être envisagée.

220 -

```

=====
: 1939 :      adopt. :      194 :
: 1942 :      adopt. et lég. adopt. :      741 :
: 1945 :      adopt. et lég. adopt. :     1321 :
: 1949 :      adopt. et lég. adopt. :     1515 :
: d'après Mme Frésouls et Mlle Ficquemard "l'adoption et la :
: légitimation des pupilles de l'Etat de 1939 à 1949" (Sauv.:
: enf. mai 1951) :
: 1957 : 545 adopt. et 784 lég. adopt. :     1329 :
: 1965 : 536 adopt. et 1057 lég. adopt. :     1593 :
: 1967 : 416 adopt. simpl. et 1281 adopt. plén. :     1697 :
: 1968 : 343 adopt. simpl. et 1612 adopt. plén. :     1955 :
: (d'après les Comptes du ministère de la Justice) :
=====
  
```


Quoiqu'il en soit, le rapport entre la qualité de pupille et celle d'enfant adoptable est devenu plus étroit et il est indispensable d'étudier dans quelles conditions un enfant devient pupille de l'Etat.

Sont dits pupilles de l'Etat, les enfants, dont les liens avec la famille d'origine sont entièrement rompus et qui sont, en conséquence, placés sous la surveillance et l'autorité des fonctionnaires de l'Aide sociale à l'Enfance, représentant le préfet.

Pour ce faire, un arrêté préfectoral d'admission doit être pris pour chaque enfant ; il s'agit d'un acte administratif individuel, qui est uniquement susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, devant les tribunaux administratifs.

Ses effets sont à la fois administratifs, l'entretien et l'éducation de l'enfant passant à la charge d'un service public, dont le préfet est le chef, et individuels, la décision ayant pour effet d'ouvrir la tutelle administrative et emportant, à l'égard des parents, la perte des droits de l'autorité parentale.

Du fait des conséquences très graves de cette décision, le pouvoir du préfet ne peut être discrétionnaire, et le législateur s'est, de tous temps, efforcé de définir étroitement les situations susceptibles d'ouvrir la tutelle administrative.

Régime antérieur - Ses inconvénients

89. - Avant le 1er novembre 1966, date d'entrée en vigueur de la loi portant réforme de l'adoption, étaient immatriculés comme pupilles de l'Etat :

1° - L'enfant qui, né de père et de mère inconnus a été trouvé dans un lieu quelconque ou porté dans un établissement dépositaire (enfant trouvé) (221);

2° - L'enfant qui, né de père ou de mère connus est délaissé par eux et par les ascendants (enfant abandonné) (222) ;

3° - L'enfant qui, n'ayant ni père, ni mère, ni ascendant auxquels on puisse recourir, n'a aucun moyen d'existence (orphelin pauvre) ;

4° - L'enfant dont les parents ont été déchus de la puissance paternelle en vertu du titre Ier de la loi du 24 juillet 1889 et dont la tutelle a été confiée au service de l'Aide sociale à l'Enfance ;

5° - L'enfant admis dans le service de l'Aide sociale en vertu du titre II de la loi du 24 juillet 1889.

Seuls les enfants dits "moralelement abandonnés" (catégories 4 et 5) étaient immatriculés après une décision judiciaire, alors que l'immatriculation des enfants dits "matériellement abandonnés" (ou délaissés) reposait uniquement sur le service de l'Aide sociale à l'Enfance (223). Des conflits, rares peut-être mais

221 - Cette catégorie comprenait non seulement les trouvés au sens littéral du mot, c'est à dire exposés dans un lieu quelconque ou abandonnés sur la voie publique, entre les mains de personnes étrangères, mais encore les enfants de père et mère non dénommés, que le bulletin de naissance ait été ou non produit. "Direction de l'Aide sociale à l'Enfance du département de la Seine". Statistiques 1965 p.16.

222 - L'enfant abandonné était celui qui, né de père et mère connus, est délaissé par eux ou par ses ascendants.

223 - Dans une note, sous Trib.Civ. Seine Référés, 14 mars 1968, affaire Irr c/ Ass.Publique Dép.Seine, P.Raynaud remarque "La qualification d'enfant abandonné est délicate ; il serait souhaitable que l'ouverture de la tutelle soit précédée d'une décision judiciaire de la compétence du juge des enfants".(J.C.P. 1958.II.10558). Dans le même sens J.Stoufflet "L'abandon d'enfant" op.cit.n°40 et note 72; l'enquête administrative n'est pas toujours faite avec tout les soins désirables : aff. Legrand Cons.d'Etat 24 juin 1949.S.1950.3.64.

violents (224), pouvaient s'élever entre l'administration et les parents, qui prétendaient n'avoir pas voulu abandonner. Ces conflits, toujours regrettables, devenaient dramatiques, lorsque l'enfant avait été placé dans une famille en vue d'adoption.

A - Les caractéristiques du nouveau régime

90. - L'article 50, dans sa nouvelle rédaction, distingue six catégories de pupilles pour lesquelles l'immatriculation se fait directement et une septième qui nécessite l'intervention judiciaire. Ainsi le préfet ne dispose plus du pouvoir d'immatriculer comme pupilles de l'Etat, les enfants "délaissés" par leurs parents, c'est à dire ceux pour lesquels aucun consentement express à l'abandon n'a été formulé (mis à part les enfants visés par l'alinéa 1) (225) et les enfants pour lesquels une délégation de l'autorité parentale a été prononcée, au profit de l'Aide sociale à l'Enfance, en vertu des articles 377 et suivants du Code civil (anciennement art.17 et 20 de la loi du 24 juillet 1889) (226).

Dorénavant c'est l'autorité judiciaire qui doit décider si un enfant est réellement abandonné et s'il faut le couper irrémédiablement de sa famille par le sang.

224 - Affaires Irr, Péron...

225 - Il s'agit des enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, infra n° 91.

226 - Ces enfants sont assimilés aux pupilles, sauf en ce qui concerne le droit de consentir à leur adoption, art. 76 du Code de la famille.

Ainsi en voulant mettre fin à la situation incertaine de beaucoup d'enfants, confiés à l'Aide sociale par leurs parents et jamais réclamés, mais que par une prudence bien compréhensible les services compétents n'osaient pas immatriculer, le législateur a restreint en quelque sorte les pouvoirs de ces mêmes services, au profit du tribunal de grande instance, garant des libertés individuelles et familiales. Cette intervention de l'autorité judiciaire dans le pouvoir de décision d'un service public mérite d'être soulignée. Il y a là un aspect tout à fait original de la loi du 11 juillet 1966.

Les services d'Aide sociale ont dû ainsi procéder à un réaménagement délicat des catégories de pupilles en fonction d'impératifs nouveaux (227), ils ont dû ou devront, parmi les pupilles déjà immatriculés, mais considérés comme difficilement adoptables, ou parmi les enfants recueillis temporairement, mais délaissés en fait par leurs parents depuis plus d'un an (et non plus, deux ans, art. 50-1 ancien), choisir ceux qui sont susceptibles de bénéficier d'une déclaration judiciaire d'abandon. De leur diligence, comme de celle des responsables des institutions ayant de jeunes enfants en charge, dépendra, en fin de compte, l'efficacité de la disposition (228).

D'autre part, le législateur a remplacé le préambule de l'article 50 du Code de la famille ("Est

227 - circulaire n° 268 du 26 octobre 1966 du ministère des affaires sociales relative à l'application de l'art. 76 a du Code de la famille et de l'aide sociale (non parue au J.O.).

228 - Si les responsables de l'aide sociale de Paris et des départements limitrophes semblent avoir pris très vite conscience de l'utilité du jugement d'abandon, il ne semble pas en être de même, dans certaines directions de province.

dit pupille de l'Etat'), par une obligation mise à la charge du service et ainsi rédigée "Doit être immatriculé comme pupille de l'Etat".

A partir du moment où la situation d'un enfant entre dans une des catégories énoncées, le préfet doit prononcer son admission comme pupille, sans qu'aucune autre condition soit exigée. Ainsi ne se posera plus la question de savoir si les mineurs, qui remplissent les conditions fixées par la loi, ont un droit légal à la tutelle de l'Etat (229).

Toutefois, le 18 octobre 1968, le Conseil d'Etat, interprétant l'article 50 ancien, avait pris position très nettement, en cassant un jugement du tribunal administratif de Nice, qui avait refusé d'annuler pour excès de pouvoir, un arrêté du préfet des Alpes Maritimes (230).

Dans cette espèce, un enfant abandonné à une oeuvre d'adoption avait été placé dans une famille en vue d'adoption, puis restitué à l'oeuvre quelques mois plus tard, à la suite d'une vaccination qui l'avait rendu incurable. L'oeuvre, qui ne pouvait assumer financièrement cette lourde charge avait demandé qu'il soit immatriculé pupille de l'Etat. Suivant en cela les conclusions du commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat, devait juger que l'administration n'a pas le pouvoir d'apprécier, ni les motifs qui conduisent une personne à se défaire d'un enfant, ni la qualité en vertu de laquelle

229 - Dehaussy, op. cit. p. 138.

230 - J.C.P. 1969.II.15712, concl. de M. Rigaud commiss. du Gouvernement, D.1968.J.436, rev. trim. drt. san. et soc. janv/mars 1969 p. 76, obs. Raynaud.

agit cette personne, "elle doit seulement apprécier la situation objective et de fait où se trouve l'enfant". A partir du moment où celui-ci, né de parents inconnus, remplit les conditions pour être immatriculé dans une catégorie légale, en l'espèce celle "des enfants trouvés", celle-ci est de droit.

La décision du Conseil d'Etat a peut être été influencée par la nouvelle rédaction de l'article 50, mais en tous cas, il faut approuver la Haute Assemblée d'avoir donné à cette affaire douloureuse, "une solution conforme à l'équité et à la charité" (231). Comme le soulignait M. Rigaud, commissaire du gouvernement, la puissance publique doit être l'ultime recours non seulement pour les parents naturels, mais pour les oeuvres (232).

Une autre innovation de la loi réside dans l'aménagement de délais d'immatriculation différents, suivant la situation de l'enfant et les chances plus ou moins grandes qu'il a d'être réclamé par ses parents.

De trois mois pour les enfants abandonnés expressément (233), il passe à un an dans le cas où l'abandon n'est pas le fait des deux parents ou est celui d'une tierce personne ; en revanche aucun délai n'est prescrit, lorsque les parents de l'enfant sont décédés ou déchus de l'autorité parentale.

Ces délais sont importants pour deux raisons : d'une part, ils marquent la limite dans le temps

231 - observations J.C.P. non signées.

232 - En effet agir autrement reviendrait à les décourager à l'avance, en laissant indéfiniment à leur charge, un risque immense et une charge définie auxquels les parents naturels, eux, ont le droit de se soustraire. Cf. concl. Rigaud.

233 - auparavant le parent avait un mois pour rétracter son consentement.

du droit de réclamation sans réserve que peuvent exercer les parents, et d'autre part, une fois écoulés, ils rendent possible le placement des enfants en vue d'adoption (234).

B - Etude des nouvelles catégories de pupilles de l'Etat

91. - L'énumération en est donnée par l'article 50 du Code de la famille et de l'aide sociale, qui a été refondu par la loi du 11 juillet 1966, pour tenir compte des dispositions générales adoptées en matière d'adoption.

1° - "L'enfant dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui a été recueilli par le service de l'Aide sociale à l'Enfance depuis plus de trois mois". Deux hypothèses à envisager :

a) L'enfant est présenté avec son acte de naissance, mais ^{celui-ci} ne contient aucune mention relative aux parents, ou en tous cas cette mention ne vaut pas reconnaissance ; dans la plupart des cas, l'enfant a été déclaré sous trois prénoms, ou si sa filiation est établie, le secret de la naissance a été demandé (235).

Il arrive que cet enfant soit remis à l'Aide sociale par sa mère, qui est assurée du secret (236), si l'enfant a moins d'un an (237), elle peut ainsi se refuser à donner son identité, ou donner des renseignements fantaisistes. La seule preuve de sa volonté d'abandon réside dans les mentions manuscrites que l'administration

234 - voir tableau en annexe VIII

235 - Dossier X dans les maternités, art. 42 du Code de la famille (décret du 7 janv. 1959).

236 - l'art. 39 de la loi du 15 avril 1943 (Gaz.Pal.1943. I.371) relative à l'assistance à l'enfance soumet à l'art. 378 du Code pénal relatif au secret professionnel toute personne engagée dans les services.

237 - par application de l'art. 55-1.

lui demande d'écrire et qui permettront, si elle réclame son enfant pendant le délai de rétractation, de s'assurer de son identité (238).

L'enfant peut aussi être remis par une autre personne que son père ou sa mère : médecin ou sage-femme ayant procédé à l'accouchement, par exemple.

b) La filiation de l'enfant est inconnue

Le législateur vise ici l'enfant trouvé, exposé dans un lieu public ou désert (usage devenu de nos jours extrêmement rare) (239) ou confié "pour quelques instants" à une personne étrangère, et que personne ne vient rechercher, ou bien l'enfant, remis à un établissement dépositaire, mais, sans que la personne qui le remet soit en mesure de fournir des renseignements concernant son état-civil.

Dans le cas où l'identification de cet enfant se fait avant l'expiration du délai de trois mois, la question se pose de savoir dans quelle catégorie il devra être immatriculé. Il n'entre plus dans la catégorie n° 1, mais n'appartient certainement pas à la catégorie n° 2.

Il peut s'agir encore d'un enfant abandonné, dont l'acte de naissance demeure introuvable, la mère ayant donné de faux renseignements sur son état-civil, (chose possible, puisqu'il n'est pas exigé de bulletin de naissance), ou même de certains cas d'abandon taci-

238 - voir formule d'abandon en annexe V.

239 - Cf. chapitre sur l'abandon ; toutefois au mois de novembre 1968, 4 enfants ont ainsi été abandonnés, sur un terrain vague à Paris, par leurs parents qui ont du reste été retrouvés et poursuivis ; les journaux des 2 et 3 août 1969 ont relaté l'abandon d'un bébé dans un train de banlieue de la région parisienne.

te, le particulier ou l'oeuvre qui ont recueilli l'enfant, ne possédant que des renseignements inexacts.

92. - 2° - "L'enfant, dont la filiation est établie et connue, qui a été expressément abandonné au service de l'Aide sociale à l'Enfance depuis plus de trois mois par les personnes qui avaient qualité pour consentir à l'adoption".

Seuls le père et la mère d'un enfant peuvent consentir à l'adoption (240) ; il faut donc supposer que les deux parents de l'enfant légitime, ou, le ou les parents qui ont reconnu l'enfant naturel concourent à l'acte d'adoption.

L'article 55 nouveau du Code de la famille régit d'une façon très minutieuse les conditions dans lesquelles les consentements à l'abandon et éventuellement à l'adoption doivent être reçus et les obligations incombant à la personne qui reçoit les parents.

Cette réglementation n'est pas tellement différente de l'ancienne : le procès-verbal d'abandon prévenait en effet les parents de l'éventualité d'une adoption pour leur enfant; en le signant, ils consentaient donc implicitement à son adoption. Maintenant, ils consentent expressément.

Par conséquent, le conseil de famille des pupilles de l'Etat n'intervient plus pour autoriser l'adoption de ces enfants, alors que son autorisation reste nécessaire pour un enfant qui aurait été seulement expressément abandonné ; mais, comme il intervient de toutes façons, pour examiner si l'adoption envisagée est confor-

240 - lorsqu'ils n'ont pas été déchus de l'autorité parentale, voir supra n° 45.

me à l'intérêt de l'enfant (241), en pratique, le résultat semble être identique.

93. - 3° - "L'enfant dont la filiation est établie et connue, qui a été expressément abandonné au service de l'Aide sociale à l'Enfance par son père ou sa mère, depuis plus d'un an et dont l'autre parent ne s'est jamais manifesté à la connaissance du service pendant ce délai".

C'est le plus souvent la mère qui, abandonnée par le père de l'enfant, aux prises avec les difficultés de l'existence, ne veut ou ne peut assumer la charge de l'enfant. Il peut s'agir d'un enfant adultérin à matre, d'un enfant légitime aussi, dont les parents vivent séparés, ou qui a été confié à l'un des parents par une décision de séparation de corps ou de divorce (242).

Le législateur n'a pas voulu que le parent, qui n'a pas participé à l'acte d'abandon, puisse être mis dans le délai relativement court de trois mois, devant une décision irréversible ; mais il a estimé qu'un an était un laps de temps suffisant pour permettre éventuellement à ce parent de manifester son attachement à l'enfant et par là même de faire obstacle à l'immatriculation.

241 - art. 1 et 2 du décret du 12 janv. 1967. T. G. I. *Sein*
242 - aff. Irr c/ Ass. Publique Seine ~~Paris~~ 11 juin 1958
(J.C.P. 1959.II.11155 concl. Substitut Souleau et rev.
trim. drt. san. et soc. 1958 n° 4 p. 231). Il s'agissait
d'un enfant recueilli après une tentative de suicide de
sa mère et sans que le père divorcé n'en soit informé.
M. le Substitut Souleau a reproché à l'Assistance Publi-
que de n'avoir pas recherché si le père de l'enfant pou-
vait subvenir à ses besoins, par application de l'art.
50 al. 2, avant de l'immatriculer.

94. - 4° - "L'enfant dont la filiation est établie et connue, qui a été remis à titre définitif au service de l'Aide sociale à l'Enfance depuis plus d'un an par une personne qui n'avait pas qualité pour consentir à l'adoption, si les parents ne se sont jamais manifestés à la connaissance du service pendant ce délai".

L'exemple type est celui de l'enfant placé en nourrice ou confié à une institution contre une rémunération. Au bout de quelque temps, la mère ne paie plus la pension et disparaît.

Il s'agit le plus souvent d'un abandon tacite, mais le délaissement de l'enfant pouvant s'expliquer par d'autres circonstances, telles que voyage, maladie, accident, internement psychiatrique, il a été accordé un délai d'un an aux parents pour se manifester.

L'on peut s'étonner que le législateur permette l'immatriculation directe dans ce cas, l'abandon ne résultant pas d'un acte de volonté des parents et pouvant se justifier par des circonstances fortuites. Il semble qu'il y ait là une contradiction avec les termes de l'article 350 du Code civil et que le sort de ces enfants devrait être réglé par un jugement d'abandon.

95. - 5° - "L'enfant, orphelin de père et de mère, qui n'ayant pas d'ascendant auquel on puisse recourir, n'a aucun moyen d'existence".

En 1966, le législateur n'a pas repris exactement les termes de l'alinéa 3 de l'ancien article 50, bien qu'il s'agisse en fait des mêmes enfants. Peut-être a-t-il trouvé que l'appellation d'orphelin pauvre était inutilement cruelle ?

Il faut noter toutefois que l'impossibilité de recourir aux ascendants est une impossibilité tou-

te morale, reposant sur le respect de la paix des familles; le manque de ressources des enfants eux mêmes est une condition suffisante pour que l'immatriculation soit prononcée, sans qu'il soit question d'exiger, en plus, l'indigence des grand-parents (243).

96. - 6° - "L'enfant dont les parents ont été déclarés déchus de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du Code civil et dont la tutelle a été confiée au service de l'Aide sociale à l'Enfance par application de l'article 380, premier alinéa, du même Code (244).

La loi du 24 juillet 1889 distinguait la déchéance de plein droit de la totalité de la puissance paternelle sur tous les enfants et descendants, (effet légal de certaines condamnations prononcées contre les parents (245)), de la déchéance facultative de la totalité ou d'une partie des droits de puissance paternelle sur un ou plusieurs enfants, résultant des dispositions expresses d'un jugement.

Dans le souci d'humaniser ces dispositions, la loi de 1966, prenant en considération certaines situations familiales, devait décider que la déchéance de l'article 1 ne serait pas applicable aux enfants à naître et pourrait, par décision spéciale du tribunal, être écar-

243 - Dehaussy, op. cit. p. 137.

244 - rédaction de la loi du 4 juin 1970.

245 - S'il n'était pas juridiquement nécessaire que le tribunal prononce expressément la déchéance, en pratique, il le faisait car la déchéance ne produit ses effets de protection que si elle est assortie de mesures de placement et de l'organisation de la tutelle. (A.L. Fournier, "La protection judiciaire de l'enfance en danger" Paris 1961 n° 80).

tée en ce qui concerne certains enfants déjà nés (246).

Il peut arriver, en effet, qu'au sein d'une même famille, seuls certains enfants soient maltraités ou privés de soins (247), et qu'il faille les retirer absolument à leurs parents, tandis que les autres trouvent auprès d'eux une affectivité telle, que les séparer du milieu familial provoquerait un traumatisme, dont les conséquences seraient infiniment plus graves que celles des insuffisances matérielles et morales de leur famille (248).

La loi du 4 juin 1970 a repris, en les aménageant dans un sens plus libéral, les dispositions de la loi de 1889. C'est ainsi que la déchéance est devenue toujours facultative pour le juge ; que la restitution des droits parentaux pourra être décidée, en raison de "circonstances nouvelles", un an après la privation, et non plus après réhabilitation (art. 378 et suivants du Code civil).

Les enfants, visés par l'alinéa 6 de l'article 50, peuvent ne pas être abandonnés au sens matériel du terme, pourtant ils sont adoptables puisqu'immatriculés

246 - art. 3 du titre II de la loi du 11 juill. 1966 inséré dans la loi du 24 juill. 1889 : art. 1er 6° du titre I.

247 - enfant d'une liaison précédente, enfant légitimé par mariage, alors que le mari de sa mère n'est pas son père, enfant atteint d'une tare physique...

248 - Cette opinion n'est pas seulement celle des services sociaux, elle est partagée par les praticiens des juridictions familiales, c'est ainsi que M. Allaer, Vice-Président du T.G.I. de Lille déclarait "Nous nous posons toujours le problème du bonheur de l'enfant... l'enfant sera-t-il mieux à l'endroit où nous désirons le placer... car nous pensons qu'une famille, même relativement mauvaise, vaut mieux encore que l'absence de famille". (Rapport prononcé au 4ème colloque des Instituts et Centres Judiciaires p. 5. II - Rennes 12-13-14 mai 1966).

pupilles de l'Etat. Afin de supprimer toute possibilité de conflits avec la famille naturelle, la loi de 1966 a prévu l'irrecevabilité de toute demande en restitution de l'autorité parentale, si l'enfant a été placé en vue d'adoption, avant le dépôt de la requête (249). Les services sociaux placeront-ils volontiers en vue d'adoption des enfants dont les parents peuvent s'amender et désirer la reconstitution d'un foyer normal ? On peut en douter, toutefois, il ne faut pas oublier que l'enquête sociale, obligatoire avant tout placement, est là pour renseigner le conseil de famille des pupilles sur les chances de relèvement des parents (250) et sur l'intérêt de l'enfant.

97. - 7° - Les enfants déclarés judiciairement abandonnés.

Afin de répondre à la situation tragique et pratiquement sans remède des enfants délaissés, confiés ou non à l'Aide sociale à l'Enfance, mais qui ne pouvaient être proposés pour l'adoption, même une fois immatriculés, de peur de voir ensuite réapparaître les parents par le sang (251), le législateur a chargé l'autorité judiciaire de statuer sur leur cas, et par un jugement déclaratif d'abandon de les couper définitivement de leur famille. Cette procédure est un préalable à l'immatriculation pour

249 - art. 16-1 ajouté à la loi de 1889, remplacé par l'art. 378 du Code civil (loi du 4 juin 1970).

250 - L'expérience montre que ces chances sont bien aléatoires, et que peu de parents déchus s'amendent. Il faut tout de même noter la contradiction de ces dispositions législatives.

251 - tel pouvait être le cas d'un enfant de moins de trois ans (art. 53 du Code de la famille) délaissé peu à peu par sa mère et que la nourrice aurait désiré adopter; la crainte de voir réapparaître la mère, menée par des préoccupations beaucoup plus financières qu'affectives, (ne monnaye-t-on pas un accord), paralysait toute démarche, qui, pourtant, aurait permis de transposer sur le plan juridique la greffe affective déjà réalisée.

toute une catégorie d'enfants confiés à l'Aide sociale, délaissés depuis un an, au minimum, et considérés jusqu'à présent comme inadoptables.

Ce jugement déclaratif d'abandon est-il un palliatif à tous les cas d'enfants délaissés dans les services ou doit-il être réservé aux enfants susceptibles de bénéficier d'une adoption dans un délai rapproché ? Des difficultés d'interprétation se sont élevées à ce sujet entre les services d'Aide sociale, partisans d'une interprétation large du texte, et les tribunaux, qui refusent de déclarer abandonné un enfant non immédiatement adoptable en fait (252).

Plusieurs catégories d'enfants, confiés à l'Aide sociale à l'Enfance peuvent bénéficier de cette disposition :

a) Les mineurs recueillis temporairement (art. 48 al. 1 et 2 du Code de la famille), à la suite d'une demande formulée par les parents, qui invoquent des difficultés passagères (253), ou à la suite d'une décision administrative de protection sociale de l'enfance en danger, par application du décret du 7 janvier 1959.

A ces deux catégories, l'on peut ajouter l'enfant "secouru" de moins de trois ans, placé chez une nourrice ou une gardienne choisie, rétribuée et surveillée par le service d'Aide sociale (art. 53 du Code de la famille).

Lorsque les parents ne prennent jamais de nouvelles de l'enfant et ne lui rendent pas visite et ce,

252 - infra jugement d'abandon , n° 111 et s.

253 - supra l'abandon différé, chap. préliminaire n° 26.

pendant plus d'un an ; lorsqu'à l'expiration du délai de recueil convenu, ils s'abstiennent de venir le chercher, sans aucunement en donner les raisons, et ne répondent pas aux convocations, l'intérêt de l'enfant exige qu'il soit statué sur son sort, sans attendre une réclamation problématique des parents (254).

b) Les mineurs en garde (art. 49 du Code de la famille)

- Les enfants dont les parents ont été déchus d'une partie seulement des droits de l'autorité parentale, par application de l'article 379-1 du Code civil (anciennement art. 3 de la loi de 1889) et dont la garde a été dévolue à l'Aide sociale.

- L'enfant confié par le juge des enfants au service de l'Aide sociale, par application des articles 375-3, 375-5 ou 380 du Code civil (anciennement art. 375 à 382), lorsque sa santé, sa sécurité, sa moralité ou son éducation se trouvent compromises (255).

c) Les enfants pour lesquels une délégation de l'autorité parentale au profit de l'Aide sociale a été prononcée, en vertu des articles 377 et suivants du Code civil (anciennement art. 17 et 20 de la loi du 24 juillet 1889), et qui ne sont plus immatriculables de facto, depuis la loi de 1966.

Le projet de loi sur l'adoption prévoyait (art. 50-1 à insérer dans le Code de la famille),

254 - ces derniers ont été mis en garde, au moment de la remise de l'enfant, des conséquences de cette attitude.

255 - Pour la 3ème catégorie de l'art. 49, l'enfant confié au service en vertu de l'ordonnance du 2 févr.1945, relative à l'enfance délinquante, la déclaration judiciaire d'abandon, en tant que prélude à l'adoption n'a pas d'intérêt.

que dans ce cas, si les parents se désintéressaient de l'enfant pendant plus d'un an, il serait présumé abandonné et immatriculé comme pupille. Sur proposition de M. Jozeau-Marigné, ratifié par le Sénat, puis ultérieurement par l'Assemblée Nationale, cette catégorie de pupilles a été supprimée, "ce cas nécessitant de toute évidence une appréciation réservée au tribunal" (256).

On peut supposer que cette procédure ne sera plus guère utilisée par l'Aide sociale à l'Enfance, puisque la délégation ne comporte plus le droit de consentir à l'adoption. Le législateur a, en effet, voulu dissocier le droit de consentir à l'adoption des autres droits de l'autorité parentale. Un jugement déclaratif d'abandon devient donc le préalable indispensable à tout placement en vue d'adoption.

Cependant, pour les enfants immatriculés comme pupilles de l'Etat et les enfants déjà recueillis par une oeuvre privée, avant l'entrée en vigueur de la loi de 1966, l'article 8 aménage des mesures transitoires : "la délégation des droits de puissance paternelle de l'article 17 alinéa 1er de la loi du 24 juillet 1889 est assimilée au consentement à l'adoption et la délégation totale des droits de puissance paternelle de l'article 17, alinéa 3 à la déclaration judiciaire d'abandon".

Toutefois, si l'on peut légitimement espérer que l'article 350 résoudra le cas de certains enfants recueillis à titre temporaire, qui sont peu à peu délaissés par leurs parents, il est beaucoup plus douteux

qu'il s'applique souvent aux mineurs confiés aux services par les tribunaux. Ces enfants, ayant déjà subi l'influence d'un milieu familial déficient, ne peuvent, sauf cas très rares (257), bénéficier d'un placement en vue d'adoption.

C - Le consentement à l'adoption des pupilles de l'Etat

98. - L'enfant, immatriculé comme pupille de l'Etat, est placé sous l'autorité d'un tuteur, le préfet, assisté d'un conseil de famille (258). Le préfet délègue ses pouvoirs au directeur départemental de l'action sanitaire et sociale (art. 57 du Code de la famille) ; à Paris, le préfet de la Seine les délègue au directeur de l'Aide sociale à l'Enfance et de la Protection de la Jeunesse (259).

Les attributions du tuteur et du conseil de famille sont, aux termes de l'article 59 du Code de la famille celles que déterminent le Code civil. L'article 349 nouveau attribue expressément au conseil de famille le droit de donner ou de refuser le consentement à l'adoption, sauf dans le cas où les parents de l'enfant auraient eux mêmes consenti, avant d'avoir perdu les droits de l'autorité parentale.

257 - L'enfant très jeune qui n'a pas été marqué par le milieu familial ; l'enfant qui a été élevé par la même nourrice... L'enfant plus âgé, qui s'est attaché à une assistante sociale, une éducatrice, un voisin, que ne rebute pas la tâche très difficile d'une réinsertion sociale.

258 - Le conseil de famille des pupilles est composé de 7 membres désignés pour 4 ans et renouvelables : 2 membres du conseil général, désignés par lui et 5 membres nommés par le préfet, sur proposition du directeur départemental de l'Action sociale, un des membres au moins du conseil doit être de sexe féminin (art. 58 du Code F. & A.S.).

259 - Décret du 14 juill. 1963 - D.1963.361 - J.O. 18 juill. p. 6576.

Cette disposition semble être de pure forme, du fait de l'introduction de l'article 65-1, qui exige, avant tout placement en vue d'adoption, une autorisation du conseil de famille.

En effet, pour répondre au vœu des médecins spécialistes de l'enfance et à celui des futurs parents adoptifs, et afin d'éviter aux enfants des traumatismes graves, le législateur a voulu que le placement en vue d'adoption ne puisse pratiquement pas être remis en question, donc que toutes les conditions nécessaires à la réalisation de l'adoption soient réunies au préalable.

Le décret du 12 janvier 1967, pris pour l'application de l'article 65-1 du Code de la famille et de l'Aide sociale (260), ordonne ainsi au conseil de famille d'examiner :

- Si le mineur est adoptable juridiquement, autrement dit s'il a bien la qualité de pupille ; spécialement si le délai d'immatriculation a été observé et si aucune réclamation n'a été faite.

- Si l'adoption constitue une mesure adaptée à la situation, tant physique qu'intellectuelle et morale du pupille (261) ; dans le cas où celui-ci serait atteint d'une maladie chronique ou d'une déficience physique ou mentale, si les futurs adoptants en ont été informés.

- Enfin, si les adoptants présentent toutes garanties morales, familiales et d'éducation, ainsi

260 - décret n° 67-44 pris pour l'application de l'art. 65 du Code de la fam. et de l'A.S., relatif au placement des pupilles de l'Etat, en vue de leur adoption J.O. du 13 janv. 1967.

261 - infra les conditions tenant à la personne de l'enfant. n° 161.

qu'un bon état de santé physique et psychologique (262). Le préfet est tenu de communiquer au conseil les résultats de l'enquête effectuée sur les futurs adoptants.

Il est à noter que les enfants pour lesquels les parents ont consenti à l'adoption sont soumis au même régime d'autorisation préalable que les autres pupilles, et qu'ainsi le consentement à l'adoption donné par les parents, à un moment où ils ne savaient même pas si une adoption serait réalisée un jour, n'a de valeur que pour l'immatriculation, mais n'entraîne pas une obligation à la charge du service.

Ainsi le conseil de famille des pupilles n'est aucunement lié par le consentement donné par les parents; il décide souverainement si l'intérêt de l'enfant est d'être adopté ou non, et par quelle famille. Comment concilier alors ce principe, avec la possibilité, accordée par le législateur aux parents, de consentir à l'adoption à personne dénommée et l'obligation de remettre, en ce cas, l'enfant de moins de deux ans à l'Aide sociale à l'Enfance (ou à une oeuvre autorisée) ?

Force est de constater que l'article 348-5 du Code civil semble méconnaître les dispositions générales réglementant les services d'Aide sociale et spécialement la règle du secret. Il ne semble pas que les services se prêteraient à une telle opération (263).

99. - L'aménagement des dispositions du Code de la famille aura-t-il pour effet de multiplier les enfants adoptables ? Ce n'est pas certain, compte tenu du nombre important de pupilles dont l'âge, l'état de santé, le com-

262 - infra : les conditions tenant à la personne des adoptants n° 183 et s.

263 - en particulier celui de la Seine.

portement s'opposent à une adoption (264) et d'autre part de la pratique antérieure des services d'Aide sociale, qui, généralement, favorisaient l'adoption toutes les fois qu'elle était conforme à l'intérêt de l'enfant.

Cependant, l'on peut espérer, qu'appliquée avec diligence par les services d'Aide sociale, elle pourrait remédier à certains cas d'abandon différé. La loi donne un cadre nouveau pour agir, mais elle n'aura d'efficacité que si les responsables le veulent bien (265).

Si certains fonctionnaires continuent à penser que l'enfant "appartient" à ses parents et que 4, 5 et même 6 ans de désintéressement ne sont pas suffisants pour considérer qu'il est abandonné, alors la loi restera lettre morte. Pourtant, la procédure judiciaire d'abandon, judicieusement utilisée et en temps utile, alors que l'âge de l'enfant rend encore possible une insertion familiale, peut permettre, grâce à la sécurité que donne la décision judiciaire, de trouver une solution à l'abandon différé.

Ainsi entendue, la loi atteindra son but; grâce à une meilleure définition des enfants adoptables et à l'intervention judiciaire, les conflits entre l'Aide sociale et les familles par le sang seront évités, en même temps qu'un plus grand nombre d'enfants pourra bénéficier d'une adoption.

264 - Pour beaucoup de pupilles l'adoption n'est pas la meilleure solution, elle est seulement une possibilité parmi d'autres : placement dans une famille nourricière, dans un home d'enfants, dans un établissement d'éducation ou de cure...

265 - Mlle Dienesh, secrétaire d'Etat à l'Action sociale, a constitué un groupe de travail chargé d'étudier les problèmes de l'enfance, privés de soutien familial et ceux qui concernent l'adoption des enfants (mars 1970). A la même époque, le ministère des Affaires sociales mettait à l'étude une circulaire destinée aux services d'Aide sociale à l'Enfance.

SECTION III

LES ENFANTS DECLARES ABANDONNES

100. - Il était sans doute utile et dans la ligne de la politique législative suivie en matière d'adoption de permettre aux parents par le sang de consentir expressément à l'adoption de leur enfant (266), mais il ne semble pas que cette possibilité procure aux candidats à l'adoption de nombreux enfants. En effet, dans la généralité des cas, les parents répuignent à formuler dans un acte positif de renonciation leur indifférence pour leur enfant. Le plus souvent, celui-ci est placé en nourrice, confié à une oeuvre charitable, ou mis en garde à l'Aide sociale à l'Enfance (en vertu des articles 48 et 53 du Code de la famille), et peu à peu au gré des circonstances, il est délaissé par sa famille. Ainsi sa situation reste imprécise pendant des années.

Sous l'empire de la législation antérieure, la famille de recueil pouvait, jusqu'au prononcé de l'adoption (267), voir réapparaître les parents qui, forts des droits du sang, réclamaient leur enfant. Certes, les tribu-

266 - voir réserves formulées par R. le Doyen Savatier in Sauv. Enf. janv.1967 n. 8 et s. op. cit.

267 - et même après, grâce spécialement à la voie de recours de la tierce opposition.

naux avaient la possibilité de passer outre en constatant l'état d'abandon ou en estimant abusif le refus de consentement ; mais cette situation, grevée d'une incertitude, entraînait des traumatismes graves pour l'enfant, tiraillé entre deux familles qui parlaient chacune au nom de "son intérêt", et elle était vivement critiquée par les partisans de la famille adoptive ; pour ceux-ci, en effet, les liens créés par des années de soins et d'affection sont plus forts que les liens créés seulement par le fait biologique de la naissance.

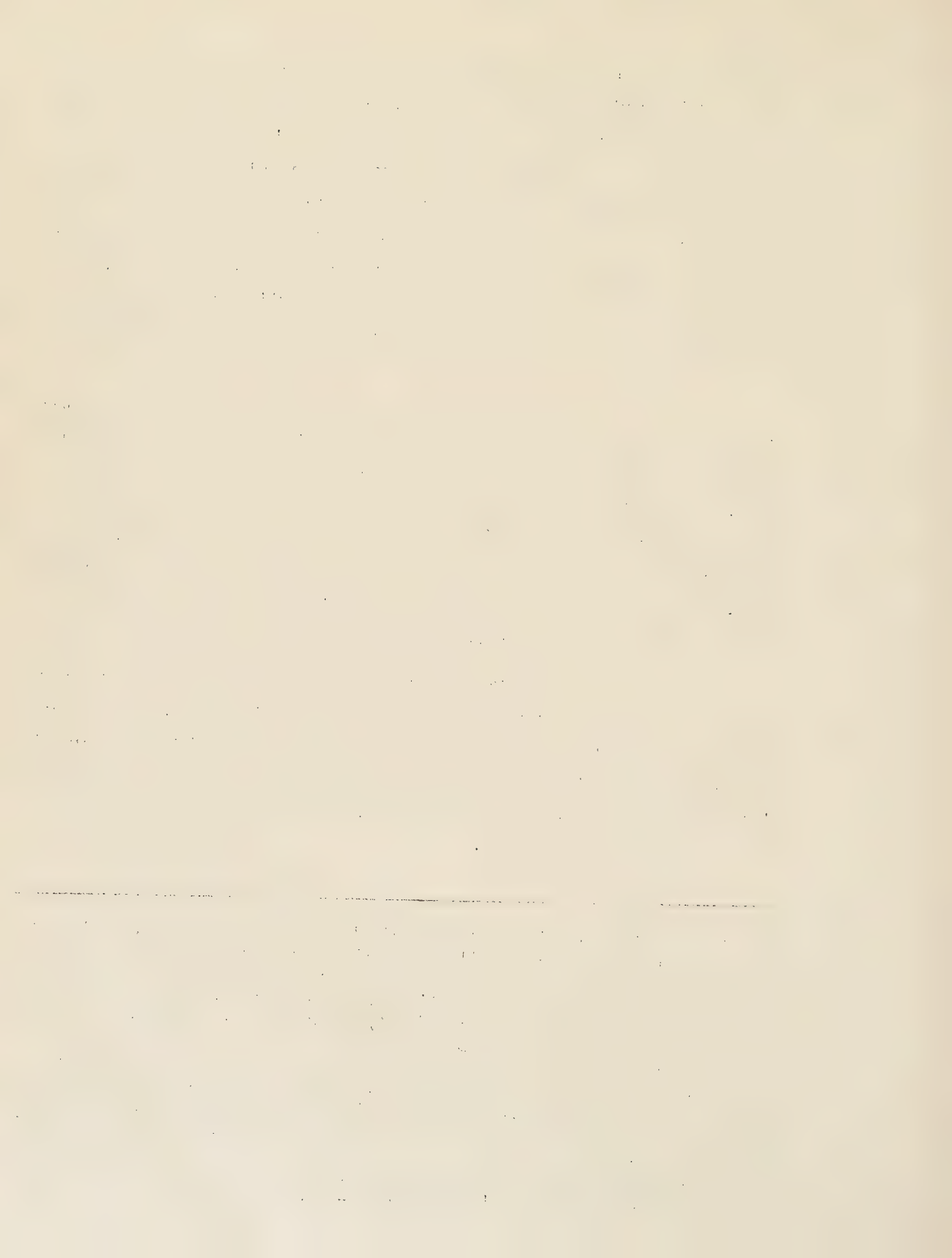
Devant l'impossibilité de définir la notion d'abandon, mais devant la nécessité d'apprécier les situations de fait, préalablement à tout recueil en vue d'adoption, le législateur a confié à l'autorité judiciaire le soin de caractériser la situation de l'enfant (468), et, par une méthode inverse à celle utilisée par la loi du 1er mars 1963, de prescrire une délégation d'autorité parentale, au cas de constatation judiciaire de l'abandon (469).

La mission confiée aux tribunaux reste ainsi la même dans son principe et l'abandon d'enfant, acte plus ou moins volontaire des parents, continuera d'être apprécié souverainement, dans sa réalité même, par le juge du fait (470), s'appuyant sur une jurisprudence, qui reste encore valable dans ses grandes lignes.

468 - En Italie, d'après la loi du 2/17 août 1966, "l'état d'adoptabilité" résulte d'une déclaration du tribunal des mineurs ; en principe peuvent en bénéficier les enfants de moins de huit ans "privés d'assistance matérielle et morale de la part de leur famille" ou abandonnés. Juris-Cl. drt comparé, v° Italie n° 483 bis.

469 - la loi du 1er mars 1963 permettait la légitimation adoptive des enfants abandonnés, lorsque les conditions exigées au titre II de la loi du 24 juillet 1889 pour une délégation de puissance paternelle étaient remplies. art. 366 3° ancien du C.C.

470 - J. Saint-Cyr - Thèse Paris 1967 "Les conflits de filiation suscités par l'adoption" - p. 157.



§ 1 - DIFFICULTES D'UNE DETERMINATION DE L'ABANDON

A - ESSAI DE DEFINITION DE L'ABANDON

101. - L'abandon peut consister dans une manifestation de volonté des parents, un véritable acte juridique (271), que le législateur a dû admettre et aménager en vue d'assurer la protection de l'enfant, et paradoxalement dans le but indirect mais certain, vu l'évolution actuelle, de procurer des enfants à élever à ceux que la nature en a privé (272).

Mais il peut s'analyser aussi comme un état de fait entraînant des conséquences juridiques, qui peuvent être : soit un acte de droit public, l'admission de l'enfant au nombre des pupilles de l'Etat, soit une déchéance de droit privé, la perte plus ou moins complète des prérogatives de l'autorité parentale, allant jusqu'à une rupture définitive avec l'enfant, dans le cas d'une adoption plénière.

1°) L'abandon, acte réglementé

102. - En vue de protéger la vie de l'enfant, le législateur a dû aménager une sorte d'abandon légal.

a) L'abandon à l'Aide sociale à l'Enfance.

La loi du 27 juin 1904 (273), supprimant

271 - J. Stoufflet "L'abandon d'enfant" op. cit. n° 6.

272 - le Doyen Savatier parlant du consentement à l'adoption le présente "comme une invitation implicite aux parents par le sang à se dépouiller de l'enfant... qui traduit l'appel collectif des adoptants, vers une augmentation des enfants à adopter". (Sauv. Enf. op. cit. janv. 1967 p. 8).

273 - réformant entièrement la législation sur "les enfants assistés" (D.P. 1905.IV.16).

"le tour" organisa le recueil des enfants par présentation au bureau d'admission d'un établissement dépositaire, dépendant de l'Assistance Publique.

Ce système, repris par la loi du 15 avril 1943, est réglementé actuellement par l'article 55 du Code de la famille et de l'aide sociale.

L'abandon peut avoir lieu à "bureau secret" (274) ; si l'enfant paraît âgé de moins d'un an, son admission comme pupille de l'Etat est alors prononcée immédiatement, sans enquête administrative, sous réserve des délais organisés par l'article 50.

L'enfant plus âgé ne peut être recueilli qu'à "bureau ouvert" et provisoirement, jusqu'au résultat de l'enquête administrative, diligentée par le directeur départemental de l'Action sanitaire et sociale (art.55-1).

Bien que cet abandon paraisse définitif(275), il n'est pas irréversible et 13 % environ (276) des parents réclamaient leur enfant pendant le délai de rétractation d'un mois, qui leur était donné par l'article 55 ancien du Code de la famille.

Ce régime n'a pas subi de changement notable, mais le principe, selon lequel l'abandon volontaire d'un enfant n'est pas parfait à lui seul et ne peut être l'oeuvre exclusive de la volonté privée (277), a été battu en brèche par le législateur en 1966.

274 - voir chapitre sur l'abandon supra n° 20.

275 - Les services d'A.S.E. notent que certaines mères signent de leur nom véritable le P.V. d'admission de l'enfant, lorsque la préposée leur fait remarquer les difficultés qu'elles rencontreront pour prouver leur identité, en cas de réclamation de l'enfant pendant le délai autorisé.

276 - chiffre communiqué par l'A.S.E. du département de la Seine.

277 - J. Stoufflet op. cit. n. 28.

b) L'abandon(à une oeuvre d'adoption autorisée) accompagné d'un consentement à l'adoption (article 348-3 du Code civil).

devait Avant la loi du 1er mars 1963, un tel abandon s'accompagner , pour entraîner des effets juridiques, d'une cession de puissance paternelle sous contrôle judiciaire. Le tribunal déléguait à l'Aide sociale les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents et en remettait l'exercice à l'oeuvre ou au particulier, gardien de l'enfant (478).

Dorénavant, la seule formalité nécessaire pourra consister dans la rédaction d'un acte authentique dressé par devant notaire et dans lequel les parents déclareront consentir à l'adoption de leur enfant. L'on comprend que la surveillance administrative des oeuvres doit être assurée très strictement (479), d'autant que le législateur leur confie le même "monopole" qu'à l'Aide sociale à l'enfance pour le recueil des enfants de moins de deux ans(480).

c) Le consentement à l'adoption à personne dénommée (enfant âgé de plus de deux ans).

Le législateur va encore plus loin dans le sens de l'absence de contrôle judiciaire ou administratif, lorsqu'il admet que, par l'effet de leur seule volonté, constatée dans un acte authentique, les parents puis-

278 - Depuis 1963, le tribunal pouvait déléguer directement les droits de puissance paternelle à l'établissement ou au particulier, gardien de l'enfant, par application de l'article 17 al. 3 nouveau de la loi du 24 juillet 1889.

279 - voir supra n° 82.

280 - art. 348-5 du C.C., circulaire du 7 févr.1967 du Ministre des Aff. Soc. J.O. du 5 mars 1967.

sent transmettre l'exercice des droits de garde sur leur enfant d'une façon presque irréversible, et ce, sans qu'aucune enquête ou vérification ne permette de savoir si celui qui recueille l'enfant en est digne ou capable.

Certes, le tribunal pourra refuser de prononcer l'adoption, lorsque la requête en sera faite, mais il sera placé devant une situation établie et devra tenir compte dans une large mesure, dans l'intérêt même de l'enfant, des liens affectifs créés.

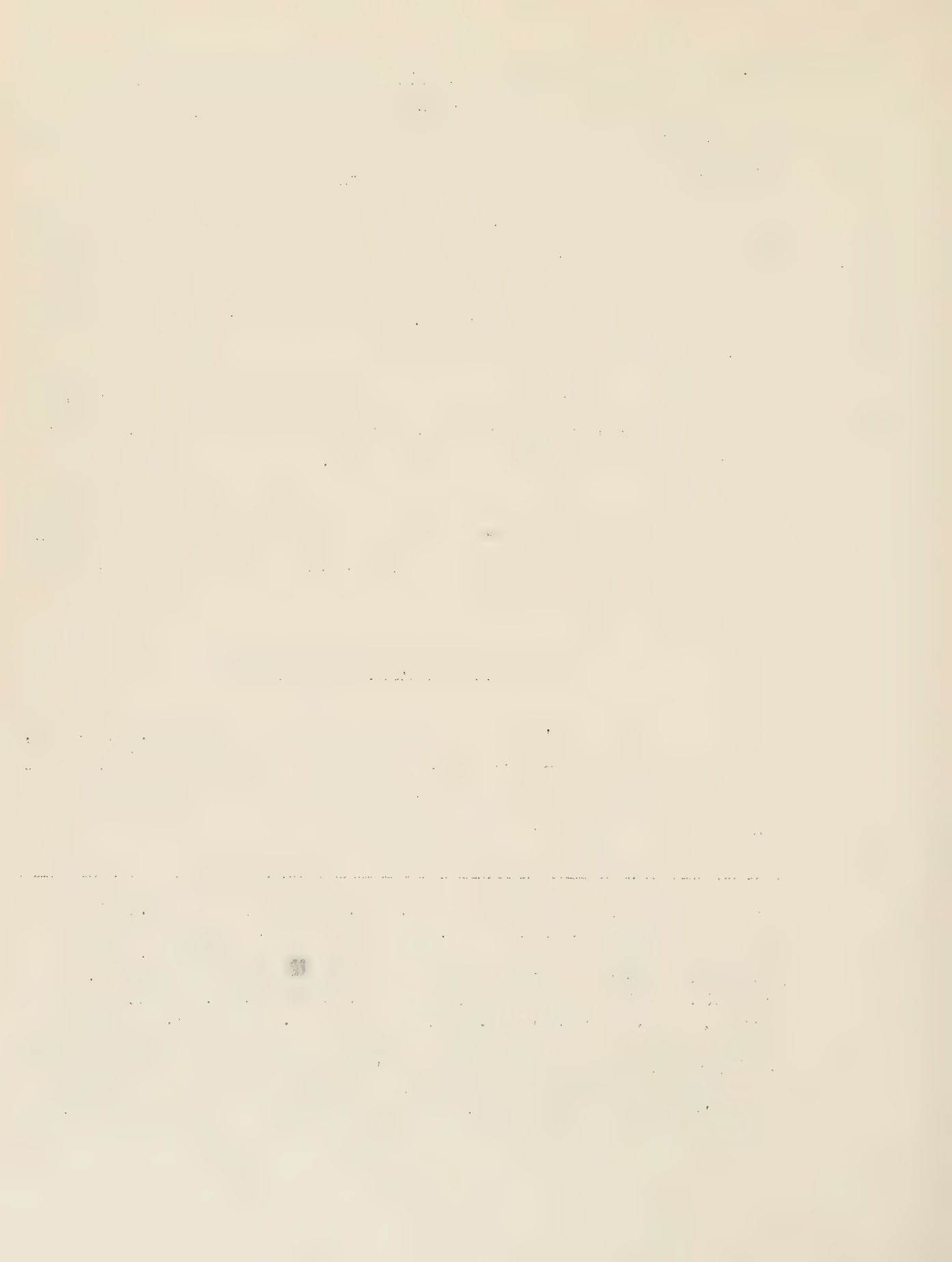
De plus en plus, le droit français accorde des effets juridiques à des situations de pur fait, un exemple supplémentaire en est ici donné.

Mais la plupart du temps, aucun acte positif ne permet de peser les intentions des parents, l'abandon résultant seulement de circonstances essentiellement variables et subjectives.

2°) L'abandon, état de fait

103. - "L'enfant abandonné est celui qui, en fait, a été volontairement délaissé par ses parents dans des conditions laissant supposer qu'il s'agit d'un abandon sincère et définitif" (281).

281 - Vismard, note sous trib.civ. Toulon, 18 déc.1957 (aff. Novack) (J.C.P. 1958.II.10398, rev. trim.1958.307 obs. Raynaud confirmé par Aix, 1er juill. 1958, J.C.P. 1958.II.10789) ; mais cassé le 6 juill 1960 par la C.C. (D.1960.J.510 note Holleaux ; J.C.P. 1960.II.11815, note Rouast, rev. trim. 1960.638, n° 10 obs. Desbois. Dans sa note au Dalloz G. Holleaux critique la définition de M. Vismard, et estime que le délaissement doit se produire dans des conditions engendrant "positivement" la conviction d'une volonté ferme. Voir infra n°107 , note 320 , les décisions ultérieures rendues dans cette affaire.



Cette définition sous-entend la nécessité d'un délaissement volontaire, mais non pas forcément d'un acte de volonté exprès ; encore faut-il, bien entendu, que l'abandon ne soit pas provoqué par des manoeuvres frauduleuses, par un cas de force majeure, ou par des circonstances indépendantes de la volonté : parents en état d'absence ou retenus contre leur gré loin de leur enfant (internés dans un asile psychiatrique, par exemple) (282).

Normalement, l'état d'abandon se déduit d'abstentions ou d'omissions ; ou bien celles-ci sont permanentes et l'attitude des parents sera alors convaincante (283), ou bien elles ne sont décelables que par intermittence. Où s'arrête la négligence ? où commence l'abandon ? Situation floue et parfois embarrassante : l'abandon "se présente plutôt comme un simple défaut total ou partiel d'accomplissement des devoirs de la puissance paternelle, accompagné ou non d'une remise de l'enfant à un tiers ou à une oeuvre" (284).

Cette forme d'abandon "douteux, partiel, progressif a la faveur de beaucoup de parents" (285), qui

282 - en ce sens T.G.I. Paris, 15ème Ch. 6 nov.1967, Gaz. Pal. 1968.I. somm. 19, ~~G.1968 somm. 61, rev. tri. 1968. 347 obs. Nerson~~ ; Vismard J.C.P. 1956.I.315 n° 12 et 13 ; Stoufflet "l'abandon d'enfant" n° 10. Il a pourtant été jugé que la déportation des parents ne pouvait empêcher le recueil de se transformer en légitimation adoptive, si tel était l'intérêt de l'enfant. Dijon 30 nov.1948 préc. Mais l'arrêt est manifestement inspiré par le long délai qui s'était écoulé depuis le recueil.

283 - Cas d'exposition d'enfant, délit puni par l'art.349 du Code pénal, Cf. chap. préliminaire n° 20, note 7.

284 - Stoufflet op. cit. n° 2.

285 - H. Lameignière Commentaire de la loi du 1er mars 1963 Rev. Drt San. & Social 1963 n° 22 p. 85.

oublient ainsi leurs devoirs, mais veulent conserver "leurs droits". La difficulté consiste alors à déterminer quand la méconnaissance des devoirs matériels de la paternité et le désintéressement prolongé ont atteint un degré tel, que la réalité de l'abandon ne peut être mise en doute.

Cette appréciation peut susciter de grandes difficultés, lorsque la situation d'abandon ne résulte que de la volonté d'un seul des parents, celui qui exerce effectivement le droit de garde, l'autre étant tenu dans l'ignorance de la naissance de l'enfant (286) ou de sa remise à une oeuvre ou à un tiers (287).

3°) L'abandon, conséquence d'une décision judiciaire.

104. - L'abandon peut ressortir d'une décision de déchéance ou de délégation de l'autorité parentale, et ce, contre la volonté même des parents, si des actions coupables ou des omissions graves leur sont reprochées (288).

La loi du 1er mars 1963 (art. 368 ancien du Code civil), élargissant la notion d'enfant abandonné,

286 - Origine de l'affaire Novack, le père naturel, qui ignorait la date et le lieu de la naissance de l'enfant, par la volonté de la mère, n'avait pu le reconnaître dans l'acte de naissance. Voir sur ce problème "Le secret de l'accouchement et de l'abandon à l'Assistance Publique et le droit du père" L. Mourgeon Gaz.Pal. 1963.II.65.

287 - Affaire Irr c/ Assistance Publique. La mère divorcée, qui avait la garde, avait confié l'enfant à l'Assistance Publique sans que le père le sache. Trib. Civ. Seine Référés 14 mars 1958. J.C.P. 1958.II.10558, note Raynaud ; T.G.I. Seine, 11 juin 1958 (réc.), Paris 1ère Ch. 19 mars 1959, J.C.P. 1959.II.11155, note Raynaud.

288 - Sur les analogies et les dissemblances entre l'abandon de l'art. 350 et les situations visées par la loi du 24 juillet 1889 relative à "la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés" voir A.M. Fournié "la protection judiciaire de l'enfance en danger" Librairies Techniques 3ème éd. 1970 n° 198.

devait permettre, d'une façon générale (289), l'adoption ou la légitimation adoptive des enfants retirés à leurs parents à la suite d'une décision de ce genre.

Toutefois, le législateur, n'ayant pas supprimé les dispositions de la loi du 24 juillet 1889 permettant aux parents de demander en justice la restitution de tous leurs droits, par application de l'article 15, en cas de déchéance, et de l'article 21, en cas de délégation, la situation de ces enfants pouvait donner lieu à contestation, jusqu'au prononcé du jugement (290). Les tribunaux en effet considéraient que les deux procédures de transfert de puissance paternelle et d'adoption ou de légitimation adoptive étaient essentiellement distinctes (291). Ainsi dans la majorité des cas, l'abandon était seulement apprécié au moment de la requête en vue d'adoption et cette situation était à la source de nombreux conflits.

B - L'ABANDON SUIVANT L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE.

105. - L'article 368 du Code civil, rédaction de 1941 (292), permettait la légitimation adoptive des enfants

289 - La loi du 15 avril 1943 (al. 4 et 5 de l'art. 50 du Code de la famille), autorisant l'immatriculation de ces enfants comme pupilles de l'Etat, permettait par voie de conséquence leur adoption, lorsque la remise aux parents ne pouvait être envisagée (art. 65 Code de la famille, ordonnance du 23 déc. 1958).

290 - L'article 64 ancien du Code de la famille ne rendait irrecevable que la demande de remise d'un pupille adopté ou légitimé adoptivement.

291 - Paris 4 fév. 1955 Gaz. Pal. 1956. I. 202 et D. 1956. somm. 140 ; Aix 7 janv. 1955 préc.

292 - loi du 8 août 1941; le décret-loi du 29 juill. 1939 permettait seulement la légitimation adoptive des enfants de parents inconnus.

abandonnés par leurs parents ou dont les parents sont inconnus ou décédés. Ainsi une énumération, sans aucune définition, devenait le droit commun d'une institution toute nouvelle (293).

Son succès grandissant, mais aussi des difficultés d'application, des procès retentissants mettant aux prises familles par le sang et familles adoptives, devaient susciter des aménagements. En 1963, le législateur, tout en précisant les conditions de la légitimation adoptive, en élargissait le champ d'application (294). Cependant, certains points de la loi continuaient à être obscurs, tandis que des contradictions en rendaient l'application difficile.

1°) Les imperfections de la loi du 1er mars 1963.

a) définition imprécise de l'enfant abandonné

L'enfant était abandonné, au sens de la loi de 1963, lorsque les conditions exigées au titre II de la loi du 24 juillet 1889 pour une délégation de puissance paternelle étaient remplies. Ainsi il suffisait que les conditions de la délégation soient réunies, pour qu'une légitimation adoptive puisse être prononcée ; autrement dit, l'en-

293 - Veliousky n. 103 "La légitimation adoptive" thèse Paris 1952.

294 - Loi du 1er mars 1963 "Peuvent faire l'objet d'une légitimation adoptive ...

" 1° les enfants dont les parents sont décédés ou inconnus.

" 2° les pupilles de l'Etat et les enfants dont les parents ont perdu le droit de consentir à l'adoption en application des titres Ier et II de la loi du 24 juill. 1889.

" 3° les enfants abandonnés autres que ceux appartenant aux catégories visées aux 1° et 2° ci-dessus ; ces enfants ne peuvent faire l'objet d'une légitimation adoptive que, lorsque sont remplies les conditions exigées au titre de la loi du 24 juillet 1889 pour une délégation de la puissance paternelle ; le consentement est donné par le conseil de famille des pupilles de l'Etat".

fant dont les parents s'étaient désintéressés (295) pendant une période d'au moins un an, était réputé disponible pour une légitimation adoptive par application de l'art. 17 al. 3 de la loi de 1889 (296).

Or, il n'est pas possible de concilier l'abandon de l'article 17 de la loi de 1889 (297), qui est susceptible de retours en arrière (298), par application de l'article 21 de la même loi, et l'abandon exigé par l'article 368 du Code civil, état de fait devant persister jusqu'au prononcé de l'adoption (299).

Il est vrai qu'une jurisprudence constante a persisté à juger que l'enfant, dont les parents ont perdu l'autorité parentale à la suite d'une délégation, n'est pas forcément abandonné (300).

En revanche, en supprimant en 1963, le terme "enfant abandonné par ses parents" et en lui substituant celui d'"enfant abandonné", le législateur a mis fin, semble-t-il, à la controverse qui s'était élevée sur le point de savoir, si l'abandon devait s'apprécier seulement par rapport aux père et mère (301). Il paraît avoir tranché la question de la seule façon concevable ; un enfant qui n'est pas privé de tout soutien familial ne peut

295 - rédaction de 1963 ; aucune définition de ce désintéressement n'étant donné, la question restait entière.

296 - En revanche, l'enfant abandonné à l'A.S.E. n'était présumé délaissé et immatriculé que si le désintéressement des parents avait duré deux ans (art.50-1 Code F. et A.S. ordonnance du 5 janv.1959).

297 - devenu les art. 377 et s. du C.C.

298 - note Raynaud, sous Paris 6 juill. 1961.J.C.P. 1961.II.12371 ; D.1962.J.367 note La Marnière, rev. trim. 1962.491 obs. Desbois.

299 - Le droit de repentir des parents ne disparaît qu'après le prononcé de la lég. adopt. Civ. 1ère 15 juin 1965 (cassant Paris 8 juill. 1961 préc.) J.C.P. 1965.II.14414 note Lindon ; D.1966.J.84, rev. trim. 1967.138 obs.Nerson.

300 - Aix 7 janv. 1965, préc. ; mais cette décision a été cassée par la Cour de cass. le 23 mai 1967 et renvoyé devant la Cour de Lyon ; or celle-ci n'a pas encore statué (à suivre)

301 - Stoufflet op.cit.n°22 ; Velicousky op.cit.p.131 et s. ; Mazeaud, traité 3ème éd., t.I n° 1049 p.1055.

300 (suite) et ne statuera vraisemblablement jamais.

être considéré comme abandonné (302); tel l'enfant élevé par un tiers, mais auquel un ascendant n'a cessé de s'intéresser.

b) absence de définition du terme "parent inconnu"

106. - S'agissait-il du parent inconnu en droit, ou du parent inconnu en fait, c'est à dire qu'aucun élément ne permet d'identifier ?

Devant le silence de la loi, la jurisprudence appliquait la solution la plus favorable aux parents par le sang et estimait, avec justes raisons, que sont connus "les père et mère que l'on peut sans contestation identifier en fait, même si la filiation de l'enfant n'est pas "encore juridiquement établie" (303).

Cette solution est la seule conforme au bon sens, sinon, comme le fait remarquer M. Molleaux, "l'on aboutirait à cette conséquence extravagante que des enfants dénués de filiation juridique, mais dont les parents "sont connus et s'occupent, pourraient être - légalement - "regardés comme susceptibles de légitimation adoptive" (304). Cependant, elle avait le grand inconvénient d'ôter toute sécurité aux adoptants (305). Bien entendu, si la condition de l'abandon était réalisée, l'adoption était prononcée par le tribunal, quelque soit la connaissance de fait

302 - C'est ainsi que l'art. 350 nouveau autorise le tribunal à préférer un membre de la famille de l'enfant, qui veut en assumer la charge, au gardien qui demande que l'enfant soit déclaré abandonné.

303 - Grenoble 12 mai 1948 - préc.: Il s'agissait d'une mère, qui avait abandonné son enfant à une oeuvre, mais en laissant son adresse. La filiation maternelle peut ressortir d'un jugement de désaveu rendu à la requête du mari de la mère: Caen 21 mai 1962 J.C.P. éd. Louvées 1962.IV.4096.

304 - note sous C.C. 6 juill. 1960 D. 1960, J. 511, n° III.

305 - Lagarde rev. trim. 1948 p. 464.

ou de droit que l'on pouvait avoir des parents.

Ainsi, l'économie de la loi reposait presque uniquement sur la constatation d'un état pour lequel aucune définition précise n'était donnée, tandis que de multiples solutions pouvaient être apportées, suivant la place accordée aux liens du sang.

2°) Les critères juridictionnels de l'abandon

107. - Pour essayer de schématiser l'oeuvre des juridictions, on peut dire avec M. Holleaux que "d'après la jurisprudence des Cours d'appel, l'abandon a un double caractère intentionnel et matériel" (306).

a) La volonté doit être réelle et éclairée et se manifester dans les faits avec une certaine persistance.

"Une simple déclaration écrite", signée au crayon, 3 jours après l'accouchement, ne peut suffire à caractériser l'abandon, si la mère naturelle, toute jeune, est dans un état de désarroi compréhensible et n'est pas suffisamment éclairée des conséquences de son acte et de l'aide de l'Etat (307). En revanche un acte d'abandon signé en présence d'un fonctionnaire de l'Aide sociale à l'Enfance fait preuve de cette volonté, la loi ayant entouré la signature de toutes précautions utiles pour qu'elle ne soit pas donnée à la légère (308).

306 - note sous C.C. 8 juill. 1960 préc. n° V.

307 - Grenoble 2ème Ch. 12 mai 1948 préc.

308 - Cependant, au vu de la réclamation du grand-père naturel de l'enfant, le tribunal administratif de Strasbourg a ordonné une enquête en vue d'entendre la mère, 4 mai 1960 (Rev. Aide soc. 1962. n° 17 p. 51), mais cette décision a été critiquée.

La renonciation à tout droit sur l'enfant est seulement considérée comme une présomption d'abandon ; elle doit, pour être retenue, être accompagnée d'attitudes de la mère prouvant sans contestation possible sa décision, par exemple : volonté persistante d'abandonner malgré la mise en garde de ses conséquences, refus de reconnaître l'enfant, malgré les conseils prodigués et l'aide sociale promise, refus de voir l'enfant et de le nourrir (309). Cette solution s'imposait dans un but de protection de la mère, seule et désespérée, et dans la crainte que son consentement ait été enlevé par l'intermédiaire d'adoption, profitant de la période de dépression suivant l'accouchement.

Enfin, la volonté doit être libre. Elle ne présente pas ce caractère, si la mère a abandonné les droits de l'autorité parentale, sous la pression des circonstances, dans le seul but "d'assurer à son enfant une "vie aisée et une éducation qu'elle craignait de ne pouvoir lui donner elle-même"(310). Mais la recherche de la volonté interne est fort délicate ; qui, n'est pas influencé dans ses décisions par les facteurs ambiants ?

La volonté vraie est l'objet d'une preuve difficile ; extérieurement, elle se manifeste par des circonstances concrètes et par une permanence d'une certaine durée.

b) L'abandon résulte d'un ensemble de faits matériels et du comportement des parents, il doit être effectif et suffisamment prolongé.

309 - Douai 18 févr. 1952, J.C.P. 1952.II.1439 G.P. 1952. I.139, Rev. trim. 1952.210 obs. Lagarde.

310 - Paris 4 févr. 1956 préc., y a-t-il là, une prise en considération de l'état de nécessité ? supra n° 75.

Les décisions les plus caractéristiques ont été rendues dans des instances concernant le maintien de la garde, sur demande de restitution diligentée par les parents (art. 20 al. 3 de la loi du 24 juill. 1889, avant la réforme de 1963).

- Le défaut d'entretien matériel caractérise-t-il l'abandon ?

Oui, mais à condition qu'il s'accompagne d'une attitude d'indifférence affective réalisée, par exemple, si les parents ont seulement fait quelques visites à leur enfant et envoyé "quelques lettres hâtivement rédigées", en l'espace de sept ans (311); si le père, qui n'avait même pas versé les allocations familiales, pourtant perçues par lui pour l'entretien de l'enfant, était allé le voir quatre fois en huit ans (312).

A lui seul le défaut de contribution financière n'est pas une marque d'abandon suffisante (313), surtout si le père a visité quelquefois l'enfant, en l'espace de deux ans (314) ; si la mère a toujours maintenu des relations avec les gardiens de sa fille, qui lui en donnaient régulièrement des nouvelles (315).

c) Le désintéressement a surtout un aspect moral : le refus des charges de l'autorité parentale. Il sera constitué par la méconnaissance des devoirs d'éducation et de direction, qui incombent essentiellement aux parents et par l'absence de sentiments d'affection pour l'enfant.

311 - C.C. 16 juill. 1957, confirmant Limoges 24 mai 1955, Bull. Cass. 1957.I n° 338 p. 269.

312 - Civ. 6 nov. 1951 Bull. Civ. I n° 289 p. 247.

313 - Paris 18 déc. 1961 J.C.P. 1962.II.18624 note Raynaud, rev. trim. 1962 p. 628 obs. Desbois.

314 - C. Paris 5 mars 1955 D.1955.J.638 note Savatier.

315 - Amiens 7 juill. 1953, J.C.P. 1953.II.7758 et rev. trim. 1963 p. 683 obs. Lagarde.

Seront retenus : l'absence de visites ou de correspondance (316) ou même de présents (317), le fait pour la mère de n'avoir jamais demandé de nouvelles à l'oeuvre d'adoption (318), le fait pour la mère de n'avoir même pas cherché à connaître l'adresse de son enfant (319), ou d'avoir essayé de le soustraire aux recherches de son père (320), le fait pour un homme d'avoir légitimé l'enfant, sans s'en être jamais occupé, sans l'avoir jamais vu, sept ans après sa naissance (321) ; le fait pour une mère de vivre totalement séparée de sa fille pendant cinq ans et d'être venue habiter chez les gardiens, dans un esprit de lucre, plutôt que d'affection (322).

d) Le désintéressement doit être volontaire.

Il ne peut avoir ce caractère, si la mère était enfermée dans un hôpital psychiatrique et ainsi était mise dans l'impossibilité d'assumer la charge de l'enfant (323).

316 - C.C. 16 juill. 1957 op. cit. ou "des visites brèves et rares faites à l'enfant au cours d'une grave maladie" ; Civ. 5 mai 1953, Bull. Civ. I n° 147 p. 124.

317 - C.C. Civ. 1er juin 1954 Bull. Cass. 1954.I.p. 151 n° 177.

318 - Poitiers, 3 juill. 1963, confirmé par C.C. 1er mars 1966, J.C.P. 1963.II.13308 et 1964.II.13670 note Raynaud, rev. trim. 1963.709 obs. Desbois ; S.1964.J.431 ; D. 1964. J. 151 ; J.C.P. 1966.IV.53 ; Bull. Cass.I.n° 148 p. 117 ; rev. trim. 1967.141 et 149 obs. Nerson ; rev. drt san. & soc. 1966 151 n° 2 obs. Raynaud ; D.1967.J.561 note Ghestin.

Pour l'A.S.E. "ne pas demander de nouvelles reste à coup sûr le critère le plus certain de l'état d'abandon" J.Peyrat, Directeur de la population des Basses-Pyrénées, in Sauv. Enf. nov/déc. 1954 p. 783.

319 - T.G.I. Caen 21 mai 1962 préc.

320 - Montpellier, 4 mars 1964, J.C.P. 1964.II.13641, note Vismard ; rec.gén. des lois, 1964.I.334, obs. Nerson ; et surpouvoi Ass. Plén. Civ. 10 juin 1966, D.1966.J.604 ; J.C.P.1966.II.14778 ; Gaz.Pal. 1966.I.111 ; rev. trim.1966. 782, obs. Nerson ; rev. pén. et de drt pénal 1966.855 concl. H. L'Avoc.Gén. Lemoine (aff. Novack).

321 et 322 - C.C. 1ère Civ. 5 mai 1953, confirmant Limoges 27 mars 1950 ; Bull. Cass. 1953.I p. 124 n° 124.

323 - T.G.I. Paris 15ème Ch. 6 nov. 1967 préc.

108. - e) Mais le désintéressement n'a de réalité que s'il présente un caractère durable, et une permanence existant encore au moment de la requête en vue d'adoption.

Avant 1963, le législateur se contentait d'exiger un désintéressement "d'une durée prolongée" (324). Les tribunaux interprétaient cette définition avec rigueur et estimaient que deux ans était un minimum nécessaire pour que les conditions légales soient remplies (325). Pour la Cour de cassation, 4 ans, 7 ans, 8 ans d'indifférence, même couvés par quelques manifestations d'intérêt, réalisent les conditions légales du désintéressement (326).

Peut-on considérer comme normal d'attendre si longtemps pour prendre une décision, alors que les découvertes médicales récentes ont mis en lumière les nécessités vitales d'un enfant et tout spécialement l'exigence d'une vie familiale stable ? Cette attente se conçoit peut-être, lorsque l'enfant est seulement recueilli, mais lorsqu'il s'offre pour lui une solution de remplacement à caractère définitif, la longueur de la période de désintéressement ne pourrait-elle être appréciée plus strictement ? (327)

C'est ce que le législateur a pensé, en 1959 d'abord, en permettant à l'Aide sociale d'immatriculer un enfant comme pupille après deux ans de désintéressement des parents et, en 1963, ensuite, en autorisant une délégation de puissance paternelle, après seulement un an.

324 - loi du 24 juill. 1889, modifiée par loi du 5 août 1916, art. 20 al. 3, édictant les conditions du maintien de la garde.

325 - Paris 5 mars 1955 préc. ; Paris 18 déc. 1961 préc.

326 - C.C. 6 nov. 1965 préc.

327 - voir Raynaud, note sous Paris 1er juill. 1963 J.C.P., 1964.II.13670, D.1964.J.643 note Ghestin.

La Cour d'appel de Poitiers (328), en déclarant le refus des parents abusif (329), a estimé indirectement que deux ans constituait une période suffisante pour caractériser l'attitude de la mère. En revanche, dans la même affaire, la cour de Paris (330), soucieuse de n'enlever l'enfant à sa famille naturelle que si les conditions rigoureuses auxquelles la loi subordonne un transfert de puissance paternelle sont réunies, et ce, au moment même du dépôt de la requête en vue d'adoption, a pris en considération les remords tardifs de la mère, trouvant dans les circonstances présentes des motifs de penser qu'elle paraissait ante dorénavant à prendre soin de l'enfant (331). La Cour de Paris appliquait une jurisprudence constante (332), pour laquelle l'état d'abandon doit persister jusqu'au prononcé de la légitimation adoptive.

Les conséquences pratiques de cette jurisprudence étaient graves et donnaient lieu à des conflits douloureux, dont l'enfant était l'enjeu ; en effet, cela revenait à enlever à la famille de recueil un enfant qu'elle élevait depuis plusieurs années et qu'elle considérait

328 - 3 juill. 1963 J.C.P. 1963.II.13308 note Raynaud, S. 1964.231, D.1964.J.151, Gaz.Pal. 1963.2.374, Bull. S.P.E. 1964.1.34.

329 - par application de l'art. 352 du C.C., rédaction de la loi du 1er mars 1963.

330 - 1er juill. 1963 préc. La C.C. (1er mars 1966 D.1967. J.551) devait rejeter le pourvoi formé par la mère contre l'arrêt de la Cour de Poitiers et décider qu'il n'y avait pas contrariété de décision au sens de l'art. 504 du Code proc. civ. entre l'arrêt qui rejette une demande d'attribution du droit de garde d'un mineur et celui qui prononce l'adoption du mineur, ces instances ayant des objets différents. Quoiqu'il en soit, si la solution retenue est correcte et juridiquement orthodoxe, les deux arrêts sont inconciliables.

331 - la mère (séparée de fait de son mari au moment de l'abandon) venait de se remarier et menait une vie stable et régulière, l'enquête sociale lui était favorable.

332 - Grenoble 19 janv. 1949 préc. confirmé par C.C. 7 mai 1957 préc. ; Aix 7 janv. 1965 préc. cf. note 300.

comme le sien. Cette jurisprudence ne devrait s'appliquer dorénavant que dans les procédures en déclaration d'abandon, c'est à dire en principe à un moment où l'enfant n'a pas encore été recueilli.

En résumé, le caractère définitif de l'abandon résulte de circonstances, qui prises isolément ne constitueraient probablement pas une preuve suffisante, mais qui, complétées les unes par les autres, sont de nature à emporter la conviction du juge.

Toutefois ce dernier ne peut, en prenant connaissance du dossier, oublier qu'il s'agit avant tout de décider du bonheur et de l'avenir d'un enfant. Sera-t-il mieux assuré dans sa famille naturelle, qui a passagèrement failli à ses obligations ou dans la famille de recueil, qui a montré son grand coeur ?

Il est ainsi amené à peser les mérites respectifs des deux familles (333), et lorsque la remise de l'enfant à ses parents par le sang ne semble pas devoir être envisagée, les conditions de l'état d'abandon risquent d'être appréciées d'une façon plus rigoureuse, à leur égard.

C - L'ABANDON RESULTANT DE L'IMMATRICULATION COMME PUPILLE DE L'ETAT

109. - Certains tribunaux vont même plus loin et ont admis que pour les pupilles de l'Etat, l'abandon résulte du classement administratif de l'enfant dans la catégorie des "enfants abandonnés", même si ses parents l'ont

333 - Raynaud sous Aix 7 janv. 1965 op. cit. se demande quelle aurait été la position de la Cour si la mère naturelle ne lui avait pas inspiré autant de sympathie.

réclamé ultérieurement, du moment que le préfet, tuteur des pupilles, a refusé de le rendre (334).

M. Vismard critique cette position, qui a permis la légitimation adoptive d'un pupille que ses parents réclamaient depuis trois ans, et estime que le tribunal doit s'assurer que la situation de fait de l'enfant répond aux exigences légales (335).

Cette solution a été consacrée par un jugement du tribunal civil de Bordeaux (336), mais une décision de la Cour d'appel de Pau (337), qui avait estimé indispensable de rechercher si l'enfant était réellement abandonné, a été cassé pour méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs : l'arrêté pris par le préfet, déclarant l'enfant abandonné et l'admettant comme pupille, constitue un acte administratif individuel; son interprétation

334 - Paris 6 janv. 1951 D.1951.J.143, S.1951.II.107 , G.P. 1951.1.247. La Cour d'Orléans, le 21 févr. 1945 reconnaît au préfet un pouvoir discrétionnaire ; il est seul juge après avis du conseil de famille, si la remise est dans l'intérêt de l'enfant (D.1945.J.232). La C.C. le 10 janv. 1912 avait mis fin (pour quelque temps) aux conflits de compétence soulevés lors des procès intentés par les parents des pupilles réclamant leur enfant, en admettant l'intervention des tribunaux de l'ordre judiciaire, à titre exceptionnel, au cas où l'intérêt de l'enfant serait compromis. D.1912.1.153, note Planiol.

335 - Vismard "La notion d'enfant abandonné au sens de l'article 368 du C.C." J.C.P. 1956.I.1315, n° 29.

336 - 12 nov. 1952, J.C.P. 1953.IV.71. le tribunal a estimé que malgré une décision administrative de classement dans la catégorie des "abandonnés", il peut sans apprécier la régularité ou la validité de l'acte administratif, trouver dans les faits et les renseignements fournis, des éléments d'appréciation lui permettant de décider que l'enfant n'est pas abandonné.

337 - Pau 2 mai 1949, G.P. 1949.2.244, S.1949.2.133 et obs. Lagarde. rev. trim. 1949.403.

et l'examen de sa légalité n'appartiennent qu'à la juridiction administrative (338).

La Cour de Paris, dans l'affaire Irr, qui a défrayé la chronique et suscité les passions, a toutefois rendu une décision originale. Tout en admettant que l'immatriculation d'un enfant comme pupille "est un acte administratif dont la validité échappe à la compétence des tribunaux judiciaires" (339), elle a estimé que le refus du préfet de mettre fin à la tutelle est un acte civil relevant de la compétence des tribunaux judiciaires : le juge, de par sa fonction de protection des mineurs, doit apprécier si le refus de restitution du tuteur est conforme à l'intérêt de l'enfant. Cela revient à appliquer au tuteur administratif, les règles de droit commun de la tutelle ; le tuteur ne jouit pas d'un pouvoir exclusif sur le mineur et en cas de conflits, l'autorité judiciaire statue en dernier ressort.

Cette solution n'était peut être pas voulue par la loi de 1904, mais elle semble plus conforme à l'intérêt bien compris des enfants et de leurs parents.

Ainsi la jurisprudence sentait qu'elle avait ici un rôle à jouer, mais n'osait pas, en butant sur le principe de séparation des pouvoirs, affirmer totalement sa tendance, qui eut été de contrôler la situation se trouvant à l'origine de l'acte administratif.

Le législateur s'est-il fait l'écho de ces hésitations ? En tous cas, il a retiré, innovation capitale, à l'administration de l'Aide sociale le pouvoir d'immatriculer directement les enfants "délaissés" et les

338 - Civ. 1ère 16 avril 1953, J.C.P. 1953.II.7617 note Mihura.

339 - 1ère Ch. Civ. 19 mars 1959 J.C.P. 1959.II.11155 note Raynaud.

enfants pour lesquels une délégation de l'autorité parentale a été prononcée (340). Seul un jugement déclaratif d'abandon permet dorénavant à l'autorité administrative de faire de ces enfants des pupilles de l'Etat.

§ 2 - LE JUGEMENT DECLARATIF D'ABANDON : PRELUDE A L'ADOPTION

110. - L'article 350 constitue une des innovations essentielles de la loi de 1966 et sans doute l'une des plus heureuses.

En effet, l'inconvénient majeur de la jurisprudence constatant l'abandon ne provenait pas des solutions quelquefois divergentes qui étaient données par les tribunaux, car le plus souvent, elles se justifiaient par telle ou telle circonstance propre à l'espèce ; mais il provenait essentiellement du fait que l'appréciation du tribunal avait lieu, le plus souvent, lors de la requête en vue d'adoption, c'est à dire à un moment où "la greffe affective" était déjà réalisée.

Le juge devait faire un choix toujours cruel et quelquefois douloureux, l'enfant risquait de se ressentir toute sa vie d'un conflit, dont la solution juridiquement inattaquable, pouvait, pour lui, être inexplicable (341).

Ne pas permettre à des liens nouveaux de se former avant que les liens originels ne soient définitivement rompus, mais permettre de rompre les liens origi-

340 - voir supra pupilles de l'Etat.

341 - N. Quémada op. cit. p. 73 décrit la souffrance et le désarroi de cet enfant "abandonné" de ceux qu'il aime, placé de force dans cette maison qui ne lui est rien avec ces "parents" qu'il se refuse à considérer comme tels.

nels et ainsi pallier aux conséquences de l'abandon différé, tels sont les buts principaux que le législateur s'est assigné en 1966.

Pour ce faire, il a décomposé le mécanisme de l'adoption en deux phases judiciaires distinctes, lorsque la situation de l'enfant n'est pas déterminée avec certitude, soit par un consentement à l'adoption, soit par une immatriculation comme pupille de l'Etat. La déclaration judiciaire d'abandon devient le préalable indispensable au placement pour adoption ; elle est distincte du jugement d'adoption (342).

La volonté des parents d'abandonner l'enfant ne se suffit plus à elle-même, comme dans le consentement à l'adoption ; le contrôle du juge fournit les garanties nécessaires, tant pour l'enfant que pour les parents eux-mêmes, qui devront être recherchés et entendus (343).

A - SON CHAMP D'APPLICATION.

111. - Avant d'étudier en détail les conditions exigées pour mettre en action la procédure de déclaration d'abandon, une question préliminaire se pose : le jugement déclaratif d'abandon est-il ouvert à tous les enfants abandonnés ?

Cette question intéresse au plus haut point les services d'Aide sociale à l'Enfance, qui n'ont plus le

342 - contra La Marnière op. cit. J.C.P. 1966.I.2028 n° 6.

343 - décret du 2 décembre 1966 relatif aux procédures de déclaration d'abandon et d'adoption, art. 2 & 3.

droit d'immatriculer directement certaines catégories d'enfants (344). En pratique, l'enfant est immatriculé sous condition en vertu de l'article 76-a nouveau du Code de la famille et de l'aide sociale (345), sa situation ne sera pas tellement différente de celle des autres pupilles de l'Etat, quant à sa protection et à sa surveillance, mais il ne pourra ni être placé pour adoption, ni à plus forte raison être adopté.

Toutefois, il convient de noter qu'il sera assez difficile de prendre à son égard des mesures engageant l'avenir : placement dans une maison de rééducation spécialisée, ou tout simplement dans un centre de formation professionnelle, (le service étant obligé de tenir compte de la volonté des parents, qui apparaissent sporadiquement).

En dehors de cette hypothèse, l'article 350 peut également présenter un intérêt dans le cas de l'enfant recueilli en fait dans une famille et que cette dernière ne peut adopter pour l'instant, soit que les parents de recueil n'aient pas l'âge requis, soit que la présence d'enfants légitimes au foyer nécessite une autorisation du Président de la République.

La famille de recueil doit-elle se contenter d'obtenir une délégation de l'autorité parentale, par application de l'article 377-1 du Code civil (anciennement art. 17 de la loi de 1889) ? Cette solution est imparfaite, si rien ne s'oppose à ce que l'enfant soit définitivement coupé de sa famille par le sang. En effet,

344 - supra pupilles n° 90.

345 - voir circulaire n° 268 du 26 octobre 1966 du Ministère des Affaires sociales relative à l'application de l'art. 76-a (non publiée au J.O.).

la situation de l'enfant restera incertaine et pleine d'insécurité, les effets juridiques importants et irréversibles du placement en vue d'adoption ne pouvant se réaliser.

Deux tendances s'opposent quant au champ d'application de l'article 350 :

L'une, restrictive, entend réserver le jugement d'abandon aux seuls enfants susceptibles d'être adoptés dans un délai rapproché; l'autre, en revanche, interprétant le texte, non plus à la lettre mais dans un esprit général de protection de l'enfance, estime que tout enfant dont la situation juridique est incertaine doit pouvoir bénéficier d'une procédure d'abandon (346).

La première s'appuie sur l'emplacement de l'article 350, dans une loi consacrée essentiellement à la réforme du régime de l'adoption, et plus spécialement dans sa Section I intitulée "des conditions requises pour l'adoption plénière".

Le jugement d'abandon est considéré comme un préalable à l'adoption, au même titre que le consentement à l'adoption ; il trouve sa raison d'être dans la finalité de l'opération envisagée : intégrer un enfant sans famille dans une autre famille et en faire un enfant à part entière. Si au contraire, aucune adoption n'est envisagée dans l'immédiat pour l'enfant, soit que son état de santé physique ou mentale, soit que son âge ou toutes autres raisons ne le permettent, il ne peut s'appliquer.

346 - position de l'A.S.E. du département de la Seine, en particulier.

Cette position a été adoptée par les magistrats de la 15ème Chambre du tribunal de grande instance de Paris, dans plusieurs affaires intéressant l'Aide sociale du département de la Seine.

"Attendu, dit le tribunal, que l'objet de
"la loi est non pas de faciliter l'immatriculation adminis-
"trative d'un plus grand nombre d'enfants, mais de favori-
"ser l'adoption de ceux qui peuvent en bénéficier ; qu'en
"conséquence, toute action sur requête aux fins de déclai-
"ration d'abandon doit avoir pour cause l'aboutissement et
"la réalisation probable dans un avenir prochain d'un pro-
"jet d'adoption" (347). Ce motif prête toutefois à discus-
sion, comment l'Aide sociale pourrait-elle envisager un
projet d'adoption pour un enfant qui n'a pas la qualité
d'enfant adoptable et alors qu'il n'est même pas certain
que l'abandon soit prononcé ?

Cependant, le tribunal, dans une de ces affaires, a donné acte à la mère de sa déclaration d'abandon exprimée librement dans le prétoire, déclaration permettant de procéder purement et simplement à l'immatriculation des enfants, suivant les prescriptions de l'article 50 du Code de la famille.

112. - Pour comprendre la position des partisans d'une large application de l'article 350, il faut étudier les travaux préparatoires de la loi de 1966.

L'avant-projet laissait au préfet, conformément à la réglementation alors en vigueur, tout pouvoir pour immatriculer les enfants délaissés, quelles que soient

347 - T.G.I. Paris 15ème Chambre ; Service A.S.E. Seine et Préfet de Paris c/ Ben Malek Dijuste, 27 oct.1967 ; T.G.I. Paris, 15ème Chambre, 6 nov. 1967 Préfet de Paris et S.A.S.E. c/ dame Leblanc, Gaz.Pal. 1968.I.Somm. 19.

4^e et 3^e espèces .

les conditions de l'abandon (348).

Or, au cours de la discussion en première lecture devant le Sénat (349), M. Jozeau-Marigné, rapporteur, devait faire remarquer au nom de la Commission des lois que les pouvoirs que l'article 50-1 donnait à l'Aide sociale à l'Enfance étaient en totale contradiction avec le principe posé à l'article 350 du Code civil, principe édicté dans un souci de protection de l'enfant.

En permettant d'immatriculer en les présumant abandonnés, d'une part les enfants confiés à l'Aide sociale par leurs parents, mais non réclamés dans le délai d'un an, d'autre part, des enfants pour lesquels une délégation de l'autorité parentale a été obtenue, mais dont les parents ne se sont pas manifestés pendant un an, le législateur laissait au service public l'appréciation de l'abandon de fait ; pourtant il en donnait l'exclusivité au tribunal de grande instance dans une disposition générale de la loi.

En outre, alors qu'il interdisait, par une disposition nouvelle insérée dans la loi du 24 juillet 1889, de déléguer le droit de consentir à l'adoption, il attribuait à l'Aide sociale à l'Enfance en vertu de l'immatriculation, les pouvoirs les plus complets sur la personne de l'enfant.

348 - Avant-projet art. 50-1 du Code de la famille et de l'Aide sociale : "Est présumé abandonné et doit être immatriculé comme pupille de l'Etat :

"1°) l'enfant dont la filiation est établie et connue qui, ayant été abandonné à l'A.S.E., n'a pas été réclamé par son père ou sa mère dans le délai d'un an.

"2°) l'enfant admis dans le service de l'A.S.E. en vertu du titre II de la loi du 24 juillet 1889, qui, dans le délai d'un an, n'a pas été réclamé par ses père ou mère, ou n'a été l'objet de leur part d'aucune demande de nouvelles..."

349 - Déb. Parl. Sénat, séance du 1er juin 1966 p. 688.

Le rapporteur proposait donc de supprimer l'article 50-1 et d'introduire dans l'énumération donnée par l'article 50 de l'avant-projet deux cas nouveaux (350), visés implicitement par le 1° de l'article 50-1 et dont la clarté permettait une immatriculation automatique. Les amendements, acceptés aussitôt par M. Foyer au nom du gouvernement, devaient être adoptés par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture.

Ainsi, il semble bien que la commission sénatoriale n'avait pas eu pour but d'enlever aux enfants délaissés la possibilité d'acquérir la qualité de pupilles, mais uniquement de soumettre au contrôle des tribunaux, conformément au droit commun, l'appréciation de la nature et des circonstances du délaissement dans les cas d'abandon douteux.

Cette interprétation a été retenue par la Cour de Paris, dans un arrêt du 21 mars 1968 infirmant un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 6 novembre 1967 (351).

La décision souligne que la loi de 1966 a, entre autre, modifié le Code de la famille et de l'aide sociale et ajouté à l'article 50, une 7ème catégorie de pupilles : l'enfant déclaré abandonné par application de l'article 350 du Code civil ; que cette adjonction expresse "a donc manifestement pour fin de permettre en soi, l'immatriculation administrative, indépendamment de tout "autre perspective". Toutefois l'arrêt est moins convaincant lorsqu'il déclare que l'article 50 est désormais "la seule voie offerte à l'administration pour donner une con-

350 - devenus les 3° et 4° de l'article 50 du Code de la famille.

351 - affaire service Aide sociale Seine et préfet de Paris c/Padovani. J.C.P. 1968.II. 15549 et note R.B. ; E.S. de la Marnière, S.P.E. sept/déc. 1968.

"dition stable et assurer une tutelle" aux enfants délaissés dans les services, depuis que la loi du 11 juillet 1966 n'autorise plus l'immatriculation de facto des enfants délaissés. L'article 76-a nouveau du Code de la famille assimile en effet aux pupilles de l'Etat, sauf en ce qui concerne le droit de consentir à l'adoption, les mineurs qui sont confiés à l'Aide sociale après une délégation de l'autorité parentale.

113. - Que faut-il conclure de cette jurisprudence ?

Selon certains, la 15ème chambre du tribunal de grande instance de Paris devient "une chambre des immatriculations", par une extension regrettable et non prévue de la loi (352).

Selon les autres, la décision de la Cour de Paris est la seule conforme à l'esprit général des dispositions nouvelles du Code de la famille, insérées dans la loi sur l'adoption.

Si l'on se place du seul point de vue de la protection de l'enfant et de l'efficacité d'un service public, il faut approuver sans réserve la position de la 15ème chambre, qui rejoint, du reste, celle de la Chancellerie.

Mais d'un point de vue strictement juridique, il est certain que l'article 350 est ainsi détourné de son rôle. Si le législateur voulait que la déclaration judiciaire d'abandon s'applique à n'importe quel enfant recueilli par l'Aide sociale et médicalement ou socia-

352 - Depuis la création, le 16 septembre 1969 d'une chambre de la famille, les déclarations d'abandon ne sont plus prononcées par la 15ème chambre.

lement inadaptable, il fallait qu'il introduise une disposition en ce sens dans le Code de la famille.

B - SES CONDITIONS

114. - D'une part, il s'agit de déterminer les enfants (353) susceptibles de bénéficier d'un jugement d'abandon et vis à vis de quelles personnes cet abandon doit être apprécié, et d'autre part d'en étudier les éléments constitutifs. Un dernier paragraphe sera consacré à la disposition légale permettant à un membre de la famille de réclamer l'enfant.

1°) Enfants pouvant "bénéficier" d'un jugement d'abandon

Faut-il concevoir une application large de l'article 350 à tous les cas où la situation juridique d'un enfant est incertaine ou la limiter à certaines catégories d'enfants énumérés dans la loi ?

Lorsque l'enfant est recueilli par l'Aide sociale, l'appréciation de l'abandon doit-elle être laissée à l'administration, même dans un cas douteux, si l'enfant peut être classé dans une des catégories de l'article 50 du Code de la famille ? Il semble qu'une conception étroite serait en contradiction avec l'esprit de la loi, qui a eu pour but d'éviter les conflits, entre autres, en limitant les immatriculations sans contrôle. Ainsi tout enfant devrait pouvoir être déclaré judiciairement aban-

353 - En l'absence de précision légale, il faut entendre par "enfant", tout mineur de 21 ans, et ce, bien que l'adoption plénière ne s'applique, en principe, qu'à ceux qui sont âgés de moins de 15 ans.

donné si sa situation présente des incertitudes.

Sous cette réserve, il convient d'étudier les enfants auxquels le jugement déclaratif d'abandon s'applique tout spécialement, sans insister sur certaines catégories déjà étudiées, et qui seront simplement énumérées pour mémoire.

- Les enfants nés de parents connus(354), recueillis avec ou sans la participation de leurs parents par un particulier, une oeuvre privée, lorsque les parents n'ont pas déclaré vouloir abandonner l'enfant et n'ont pas consenti à son adoption.

- Les enfants confiés à l'Aide sociale à l'Enfance, soit par leurs parents, soit par des tiers(355), soit par l'autorité judiciaire (356) et admis dans les catégories "recueillis temporairement" ou "en garde"(357).

- Les enfants pour lesquels une délégation des droits de l'autorité parentale a été obtenue par application du titre II de la loi du 24 juillet 1889 ou des articles 377 et suivants du Code civil (loi sur

354 - il est nécessaire, en effet, que la filiation de l'enfant soit établie au regard d'un des parents au moins.

355 - Cependant, par application de l'art. 50 4° du Code de la famille, peuvent être immatriculés de facto, les enfants remis à titre définitif à l'Aide sociale depuis plus d'un an, par des personnes qui n'avaient pas compétence pour consentir à l'adoption, si les parents ne les ont pas réclamés pendant le délai d'un an, le jugement d'abandon ne s'impose donc pas aux services. Cependant, il faut souhaiter qu'ils y recourent, dans l'intérêt de l'enfant, toutes les fois que la situation sera peu nette. Supra pupilles n° 94.

356 - juge des enfants, statuant au titre de l'assistance éducative ou de l'ordonnance du 2 fév. 1945 ; T.G.I. prononçant une déchéance partielle de l'autorité parentale, portant seulement sur le droit de garde.

357 - voir supra les pupilles de l'Etat n° 91 et s.

l'autorité parentale). Cette délégation ne peut comprendre le droit de consentir à l'adoption (358).

115. - L'enfant légitime pour lequel le secret de la naissance a été demandé.

L'interprétation de l'article 350 alinéa 3, qui a pour but, à l'évidence, de permettre l'adoption des enfants adultérins a matre, suscite de nombreux points d'interrogation d'une part, et d'autre part, ses effets sont en contradiction avec certaines dispositions du droit de la filiation. Généralement cet enfant est déclaré de père et mère inconnus (359) ; dans ce cas, le régime général s'applique, Si la mère signe un acte d'abandon en remettant son enfant à l'Aide sociale à l'Enfance ou à une oeuvre d'adoption autorisée, ce sera le plus souvent d'un nom fantaisiste, pour protéger son anonymat ; un consentement à l'adoption ne se conçoit pas, puisqu'aucun lien légal de filiation n'est établi.

En effet, la possibilité de consentir à l'adoption est réservée aux parents, qui ont juridiquement cette qualité, et à eux seuls (360). Le seul fait d'avoir mis au monde un enfant ne donne pas le droit de décider de son sort. Le champ d'application de l'article 347 alinéa 1er est strictement limité par les articles 348 et suivants ; dans l'hypothèse susvisée, ce droit serait exercé par le conseil de famille de l'enfant. L'ar-

358 - Pour les délégations prononcées antérieurement à la promulgation de la loi du 11 juillet 1966, des mesures transitoires étaient prévues par les art. 8 et s. de la dite loi, cf n° 97 c).

359 - Il peut arriver que cet enfant soit déclaré sous le nom de son père de fait, s'il est célibataire, ou sous le nom de jeune fille de sa mère, ce qui a pour effet de le rattacher au mari de sa mère.

360 - infra étude des personnes ayant qualité pour consentir n° 41 et s.

ticle 350 alinéa 3 est dans cette hypothèse, sans aucun intérêt (361).

a) Les conditions de mise en oeuvre de l'alinéa 3 de l'article 350 du Code civil.

116. - Il doit s'agir d'un enfant légitime, abandonné par sa mère ; celle-ci a consenti à son adoption, tout en demandant à bénéficier des dispositions de l'article 42 du Code de la famille assurant le secret de la naissance ; le mari, père légal ne s'est pas manifesté pendant un an.

- légitimité de l'enfant

Pour que le texte s'applique, il faut supposer que la filiation maternelle a été établie dans l'acte de naissance originaire de l'enfant, et par là même qu'a été établie, inso facto, la filiation paternelle, par application de l'adage pater is est. L'expression "enfant légitime" employée par le législateur prend alors tout son sens.

- Consentement à l'adoption donné par la mère.

L'enfant étant réputé légitime, la mère peut consentir à l'adoption. Il n'est pas possible d'admettre, comme l'avance E.S. de la Harrière (362), que l'établissement de la filiation maternelle puisse résulter de "la déclaration authentique de la mère" précédant ou accompagnant le consentement à l'adoption. En effet, la preuve extrajudiciaire de la filiation maternelle légitime ne peut

361 - Un 2ème argument peut être avancé en faveur de cette interprétation, le terme enfant légitime ne peut s'appliquer à un enfant dont il n'est pas établi que la mère soit mariée. En ce sens D. Huet-Weiler "la déclaration judiciaire d'abandon de l'art. 350 al. 3 du C.C.", J.C.P.1969.I.2259 n° 7.

362 - Commentaire de la loi du 11 juillet 1966, op.cit.

être rapportée que par l'acte de naissance ou la possession d'état ; elle ne peut en aucun cas résulter d'une reconnaissance (363).

L'article 350 alinéa 3 pose ainsi une exception aux règles du droit commun de l'adoption (364), puisqu'il admet qu'un enfant légitime puisse être déclaré adoptable par la seule volonté de sa mère, à deux conditions toutefois, que le secret de la naissance ait été demandé et que le père légal n'ait pas réclamé l'enfant dans le délai d'un an.

- Secret de la naissance demandé

Il est fait ici allusion à la pratique du "dossier X" : toute femme enceinte peut solliciter son admission secrète dans une maternité et accoucher sans révéler son identité (365). De même toute femme peut déposer un enfant de moins d'un an dans un bureau d'abandon de l'Aide sociale, sans être obligée de fournir de pièce d'identité pour elle et même pour l'enfant (366), ou en réclamant le secret, si elle les a communiquées. L'enfant sera doté d'un nouvel acte de naissance ne contenant aucune mention relative à ses parents ou permettant de les identifier ; celui-ci sera rédigé, sur les indications de l'administration, par l'officier d'état-civil dont dépend le service qui a recueilli l'enfant (367).

363 - Cass. Civ. 1ère, 16 janv. 1962, J.C.P. 1962.II.12597 note Esmein ; Bull. civ. I, n° 35 p. 31 ; D.1962, 141 note Holleaux, en ce sens Nerson rev. trim. 1968 p. 348 et D. Huet-Weiller J.C.P. 1969.I.2259 op. cit. n° 8.

364 - art. 348 Cf supra le consentement des parents.

365 - art. 42 du C. de la famille.

366 - art. 55-1 du C. de la famille.

367 - art. 58 al. 4 du C.C., ordonnance du 23 août 1958.

Comment concilier ces différentes dispositions avec la connaissance de la légitimité de l'enfant ? Faut-il donc admettre que le législateur a voulu annuler, en faveur de l'adoption, les règles strictes d'un secret, qui a pour but d'assurer la paix des familles et de sauvegarder la vie des enfants ? Il ne semble pas que l'Aide sociale à l'Enfance puisse se prêter à une telle invitation, la loi sur l'adoption n'ayant pas modifié les règles concernant le secret (368).

117. - Absence de réclamation par le père légal

Il s'agit pour le père, non pas d'exercer une action en réclamation d'état, l'enfant étant né sous le couvert de la présomption de paternité, mais simplement de demander la restitution de l'enfant au service de l'Aide sociale à l'Enfance ou à l'oeuvre d'adoption auquel la mère l'aura confié (369).

Le père a un an pour agir, ce délai partant du jour où la mère a signé le consentement à l'adoption. Il appartient au tribunal de grande instance de dire dans le cadre de la procédure d'abandon, si cette condition est remplie. S'agira-t-il pour le tribunal d'apprécier les conditions d'abandon ou seulement de confronter deux dates ?

La difficulté réside essentiellement dans le fait que le père ignorera le plus souvent la naissance et en tous cas sûrement le lieu où la mère a déposé l'enfant, car si elle a demandé à bénéficier du secret, c'est bien dans l'intention de cacher sa maternité et spécialement à son mari.

368 - L'article 55 al. 5 nouveau reconnaît aux parents le droit de demander le secret de l'état-civil de l'enfant.

369 - Il s'agit, par hypothèse, d'un enfant de moins de deux ans dont le recueil direct est interdit.

Faut-il alors penser, comme les termes de l'alinéa 3 de l'article 350 le laisseraient supposer, que la condition posée par le législateur est indépendante du fait que le père légal ait connu ou non la naissance, et que le délai court à son encontre de toutes façons ? Ou bien, faut-il croire que pour éviter toute réclamation ultérieure, le tribunal entendra le mari (370), surtout, compte tenu de la primauté de la filiation légitime, si l'enfant est né sous couvert de la présomption "pater is est".

Cette audition s'inscrirait normalement dans le cadre du décret du 2 décembre 1966, aménageant la procédure d'abandon et prévoyant dans son article 2 l'appel en cause des parents ou du tuteur, et dans son article 3 des recherches dans l'intérêt des familles. Elle permettrait au tribunal d'être informé complètement de toutes les circonstances de l'abandon et d'exercer ainsi pleinement le pouvoir d'appréciation que lui reconnaît la loi; en outre, elle couperait court à toute revendication ultérieure du père légal, qui, invoquant des agissements frauduleux de la mère, pourrait bénéficier de la tierce-opposition, prévue par l'article 350 in fine (371).

Mais, dans cette hypothèse, les précautions prises par la femme pour cacher la naissance se révéleraient bien illusoires et en tous cas, le droit au secret, qui est

370 - Afin de connaître son identité, le ministère public se ferait communiquer l'acte de naissance originaire, comme il en a le droit.

371 - D'une façon générale, la participation des parents à la procédure d'adoption est extrêmement souhaitable ; elle permet "de prévenir toute atteinte à leurs intérêts légitimes et (de) rendre sans objet les contestations ultérieures, toujours désastreuses pour l'enfant, quelle qu'en soit l'issue". P. Raynaud chr. D.1967 op. cit. n° 23.

reconnu à toute forme mettant au monde un enfant ou l'abandonnant à l'Aide sociale, ne serait plus assuré (372).

118. - Ainsi les deux solutions envisagées ne sont pas satisfaisantes : si la première assure l'avenir de l'enfant et la paix du ménage, c'est en méconnaissant les droits du mari, père légal ; si la deuxième respecte les droits du mari, maître absolu de l'action en désaveu, c'est en bousculant d'autres règles et en enlevant à l'article 350 alinéa 3 tout son intérêt.

La décision, rendue le 6 novembre 1967 par le tribunal de grande instance de Paris (373) illustre parfaitement le dilemme, développé ci-dessus. La mère, qui était mariée, avait remis l'enfant au service de l'Aide sociale à l'Enfance, à titre définitif, sous la condition de préserver le secret de la naissance. L'acte de naissance présentait l'enfant comme légitime, mais la mère n'avait pas dissimulé son origine adultérine.

Le tribunal, après avoir rappelé que la perte forcée du droit de consentir à l'adoption ne peut avoir lieu qu'après l'appel en cause des parents, et que cette procédure permettrait au mari, père légal, de sauvegarder son droit éventuel de désaveu ou d'éviter que la mère "par des manoeuvres déshonnêtes" ne puisse lui retirer un enfant, dont il serait le père de fait (374), admet

372 - Pour le T.G.I. de Paris, la règle du secret joue impérativement, le délai d'un an court contre le père légal, même s'il n'a pas connu l'existence de l'enfant. 15ème Ch. 6 nov. 1967 *tribunal de Paris et SASF d'adoption Farina, gaz Pal 1968.5.18*
373 - préc. note 372. *rev. Kuir. 1968. 347. obs. Nerson*

374 - Il faudrait supposer que la mère, séparée de son mari après la conception de l'enfant, veuille recourir à la procédure de l'art. 350 al. 3 pour le priver d'une paternité parfaitement légitime, il y a là une hypothèse bien peu probable.

que la loi du 11 juillet 1966 a modifié profondément le régime légal. C'est pourquoi, reculant devant "les graves conséquences" que pourraient avoir la mise en cause du mari, le tribunal a renoncé à vérifier s'il a eu connaissance de l'existence de l'enfant (375).

Cette interprétation est certainement conforme à l'intention du législateur, le paragraphe 3 de l'article 350 introduit une exception (376), ayant pour but de concilier le droit de l'adoption avec le secret de la naissance, et d'assurer à l'enfant adultérin a matre "une autre légitimité dans un foyer nouveau". Pour le tribunal, "l'avenir de l'enfant et la paix du foyer doivent l'emporter sur les autres considérations".

On ne peut manquer d'approuver le réalisme dont est empreint la décision ; l'intérêt de l'enfant, à qui il importe de donner un foyer, devient essentiel.

L'article 350 alinéa 3 permet ainsi à l'enfant adultérin a matre de faire l'objet d'une déclaration judiciaire d'abandon et d'une adoption plénière et d'accéder à la légitimité, même dans les hypothèses où sa légitimation serait impossible. Vu sous cet angle, il présente une utilité incontestable (377), en attendant une réforme indispensable du droit de la filiation (378). Tous

375 - Dans cette optique, le rôle du tribunal devient de pure forme, il se contente de vérifier si la mère en abandonnant a consenti à l'adoption ; si le père légal n'a pas réclamé l'enfant dans l'année.

376 - Pour le doyen Nerson (Rev. trim. 1968 p. 348) "ce texte est véritablement extraordinaire".

377 - bien qu'il ne semble pas que les enfants aptes à en bénéficier soient très nombreux.

378 - L'anachronisme du statut des enfants illégitimes est souligné par de nombreux auteurs : M. Gobert "Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille" (J.C.F. 1967 chr. 2122) et "Réflexion avant une indispensable réforme du droit de la filiation" (J.C.F. 1968.I.2207) ; D.Huet-Teiller article préc. ; Nerson "la notion de filiation illégitime" in Mélanges Brethe de la Grossaye p. 575 et s.

ceux qui estiment qu'il n'est pas normal de faire porter aux enfants le poids des fautes de leurs parents ne manqueront pas d'approuver son principe même, et ce, malgré les difficultés d'application qui viennent d'être soulignées.

Mais, et cela est plus grave, les conséquences qu'entraînent cette disposition sont en contradiction avec certaines règles impératives. Or, il est permis de se demander, s'il est admissible de légiférer, sur un point particulier, en ignorant ou en méconnaissant les règles du droit positif, même dans un but socialement louable.

b) Les contradictions de l'article 350 alinéa 3 avec le droit de la filiation.

119. - L'article 323 du Code civil et une jurisprudence constante permettent à l'enfant légitime de rechercher sa filiation par une action en réclamation d'état, qui est imprescriptible (379).

Or, toute déclaration de filiation et

379 - à l'égard de l'enfant, article 348 du C.C. en ce sens : Ripert D.1940 chr. 1 ; Marty et Raynaud Tome I 2ème vol. p. 169 n° 150 § 3 ; Savatier op. cit. Sauv.Enf. janv. 1967 p. 10 ; Planiol et Ripert, T.II par Rouast n° 763 p. 638, mais au n° 1067, il est noté que cette action est recevable, mais ne peut aboutir à changer l'état de l'enfant s'il a été adopté.

Cependant en présence d'une légitimation adoptive certains auteurs refusaient cette action à l'enfant : Veliousky op. cit. p.233 ; Holleaux note au D.1948 p. 51 ; Lagarde, Rev. trim. 1949 p. 69 ; Vismard Traité théorique et pratique de l'adoption préc. n° 220 p. 107 ; Laly, thèse Strasbourg 1942 p. 132.

toute reconnaissance sont désormais interdites (380), dès le placement en vue d'adoption (381). Ainsi par la seule volonté de sa mère, et ce, contrairement à une disposition légale d'ordre public, l'enfant est privé du droit de faire déclarer sa filiation légitime (382), avant même le prononcé de la filiation adoptive.

Si l'action de l'article 323 du Code civil est en principe réservée à l'enfant, la jurisprudence dominante admet que la mère ou le mari de la mère (383) puissent, par une action en revendication d'enfant légitime, faire établir leur paternité ou leur maternité lorsque l'enfant a été déclaré à l'état-civil sans indication du nom de ses parents (384).

380 - par application de l'art. 352 du C.C. alors que l'art. 369 ancien du C.C., renvoyant à l'art. 354 al. 2 (ordonnance du 23 décembre 1958), interdisait toute reconnaissance ou toute déclaration judiciaire de filiation, seulement si elle était faite postérieurement au jugement de légitimation adoptive.

381 - infra effets du placement n° 250.

382 - R. Savatier Sauv. Enf. op. cit. janv. 1967.

383 - La jurisprudence antérieure à la loi du 1er juill. 1966 permettait la réclamation d'état d'enfant légitime, malgré l'adoption avec rupture des liens familiaux primitifs. Trib. Civ. Seine 17 mars 1948, D.1948.J.571, note Holleaux et Trib. Civ. Chatellerault 29 mai 1951, préc. A noter toutefois que la détermination de la filiation de l'adopté ne présentait qu'un intérêt purement moral, les tribunaux ayant refusé d'annuler l'adoption. Pour M. Lagarde (Rev.trim.1949 p. 69) l'action aurait été irrecevable ; s'il s'était agi d'une légitimation adoptive. Pour M. Veliousky (op.cit.p. 231) la réclamation d'état exercée par les parents légitimes de bonne foi (en cas de perte de l'enfant dans les troubles d'une guerre par exemple peut être recevable, mais en droit, aucun moyen ne semble valable pour attaquer une légitimation adoptive régulière. Seul, dit-il, "l'esprit d'équité des magistrats" pourra trouver une solution. Toutefois, avec les restrictions de la loi de 1966 et les cas limités de recevabilité de la tierce-opposition, les parents auraient peu de chances de pouvoir intenter une telle action.

384 - en l'espèce, le seul acte de naissance connu ne contient aucune mention permettant d'identifier les parents.

Dans l'hypothèse envisagée, la mère de par sa volonté et dès lors que le consentement à l'adoption est devenu définitif, s'est placée elle-même en dehors du champ d'application du dit article, mais le père, lui, n'a consenti aucun abandon. Comment lui refuser le droit de prouver sa paternité ?

120. - Par le jeu de l'article 350 alinéa 3 le bénéfice de l'action en désaveu de paternité est retiré au mari de la mère.

L'enfant ayant été déclaré par une femme mariée a un père légal, le mari ; lui seul a le droit d'intenter l'action en désaveu (385) et par là même a le pouvoir de rejeter l'enfant hors de la cellule familiale(386). S'il refuse, la légitimité de l'enfant devient incontestable, et ce, même s'il était établi qu'elle est contraire

385 - Cette rigueur peut paraître exagérée à l'heure actuelle, surtout lorsqu'elle empêche une légitimation ou une adoption, qui permettraient à l'enfant d'entrer dans un cadre familial plus réel ou plus propice. La Commission de réforme du C.C. s'est engagée dans la voie d'un assouplissement des conditions du désaveu, mais le mari en reste toujours le maître. (Trav. Comm. tome VI, année 1950-1951, p. 161, 166, 193, 260 et sous art. 491 de l'avant-projet).

A noter la solution originale du droit allemand, qui permet à l'enfant, dans certains cas limitativement énumérés, de désavouer sa légitimité ; toutefois cette action est soumise à l'autorisation du juge des tutelles, lorsqu'elle a lieu pendant la minorité de l'enfant. Le délai pour l'intenter est de deux ans, à partir du jour de la découverte des faits, ^{qui} font douter de la légitimité de l'enfant ; ce même délai est ouvert à l'enfant à sa majorité, si l'action n'a pas été intentée en son nom pendant sa minorité (art. 1596 de la loi du 11 août 1961 ; Jur. Class. drt. comparé, Allemagne, fasc. 2 n° 136).

386 - la preuve de la non paternité sera facile à faire, puisqu'il y a eu recel de naissance.

à la vérité biologique (387). C'est donc dire la prépondérance de la filiation légitime sur toute autre. Or, par le jeu de l'article 350 alinéa 3, cette prérogative disparaît, le mari n'a de droit sur l'enfant qu'à condition de le réclamer, son silence équivaut à un abandon, qui permet une adoption plénière avec le seul consentement de la mère.

Une notion de fait "l'abandon" prime les principes. Est-ce une manière pour le législateur de mettre en sommeil les règles concernant le désaveu de paternité ?

Une femme mariée peut ainsi sans l'accord de son mari rejeter de la cellule familiale un enfant pour lequel la présomption "pater is est" joue (388).

Cette solution exorbitante s'explique, si elle ne se justifie du point de vue des principes, par l'intérêt de l'enfant qui, adultérin a matre, sans que les conditions du désaveu soient réunies, est rejeté par son père légal et aussi par sa mère, qui "vout oublier sa faute" ; elle peut aussi résoudre le cas de l'enfant qui, abandonné par sa mère, ne peut profiter d'une adoption plénière, parce qu'il n'est pas possible d'obtenir, par suite de l'absence, de l'indifférence ou de l'esprit de vengeance de son père légal le même consentement.

387 - C.Civ. 15 nov. 1960, D.1960 J.738 note Holleaux, rev. trim. 1961.56 obs. Desbois ; C. Civ. 14 mars 1961, J.C.P.1961.II.12125 et rev. trim. 1961.659 obs.Desbois (arrêt Mouchotte) ; Marty et Raynaud op. cit. 2ème éd. tome I, 2ème volume n° 183 p. 207. M.-L. Rassat "Père de droit et père de fait" in rev. trim. 1967.249 et sp. n°49 ; F. Raynaud "La présomption de paternité légitime dans la jurisprudence récente" in Mélanges Roubier t.II p. 217.

388 - Le législateur lui en donnait déjà la possibilité par le jeu de l'art. 313 al. 2. En instituant "le désaveu automatique", en faveur de l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance de résidence séparée, lorsqu'il est légitimé par un nouveau mariage de sa mère. A la différence toutefois, que dans cette hypothèse, la paternité du premier mari n'est pas envisageable.

121. - Tout enfant adultérin a matre peut désormais devenir l'enfant légitime de son père de fait, malgré l'interdiction de principe de l'article 331 du Code civil.

L'enfant de l'article 350 alinéa 3 ne peut avoir de filiation établie vis à vis de son père de fait, la déclaration faite à l'état-civil par sa mère excluant toute possibilité de reconnaissance ou de déclaration judiciaire de filiation, par application des articles 335 et 342 alinéa 1 du Code civil. Il n'a donc pas à intervenir dans la procédure d'abandon, par application de l'article 348-1.

Il pourrait ainsi arriver que la mère, pour se venger de son amant, essaye par le biais d'un consentement à l'adoption, de lui soustraire son enfant. Aurait-il alors quelque chance de se voir remettre l'enfant pour l'adopter, en quelque sorte contre la volonté de la mère, si une procédure d'abandon était diligentée par l'Aide sociale à l'Enfance ou l'oeuvre d'adoption ? Il s'agirait là, pour le tribunal, de trancher une question de fait dominée par l'intérêt de l'enfant et les avantages que présenteraient pour lui, telle ou telle solution.

En revanche, lorsque l'adoption sera poursuivie par le père de fait, et l'un des intérêts essentiels de la disposition étudiée ne réside-t-il pas dans la possibilité de traduire juridiquement cette filiation et de donner à l'enfant une légitimité qui recouvre la vérité biologique, les règles du droit de la filiation vont se trouver de nouveau bousculées.

Tout enfant adultérin a matre peut devenir, grâce à l'adoption plénière, enfant légitime de son véritable père, du moins lorsqu'il est célibataire. Que cet enfant ait été ou non désavoué ; qu'il ait été conçu pendant le mariage ou pendant une période de séparation légale ;

que ses parents régularisent leur situation par leur mariage ou non. Ainsi toutes les règles impératives de l'article 331 sont tournées.

De la même manière, l'enfant adultérin a patre peut devenir l'enfant légitime de sa mère. Ce procédé est moins intéressant, puisque tout enfant adultérin a patre est susceptible d'être légitimé ; toutefois, il présente un intérêt dans le cas où le père refusant d'épouser la mère, la légitimation de l'article 331 serait impossible. La mère, en admettant bien entendu que le père se désintéresse de l'enfant, pourrait, par le biais de l'adoption plénière, lui donner la situation "d'un enfant légitime".

Les seules restrictions qui subsistent sont liées aux règles de fond posées pour la réussite de l'adoption elle-même. L'une n'est que temporaire : nécessité pour l'adoptant d'être âgé de 35 ans (il s'agit par hypothèse de l'adoption par un seul), l'autre est susceptible d'être levée : il s'agit de l'absence d'enfant légitime.

Finalement, la dernière limite à l'entrée de l'enfant adultérin dans la famille légitime se trouve dans le pouvoir discrétionnaire accordée au Chef de l'Etat par l'article 345-1, pouvoir soumis en fait à son éthique morale personnelle.

Il n'est pas du tout certain, comme semblent le croire certains interprètes de la loi, que c'est en faveur de l'enfant adultérin que la dispense sera le plus facilement accordée (389). Il semble même, malgré la discrétion gardée par la Chancellerie, que le Général de Gaulle refusait toute dispense demandée pour ce motif. Cependant, il apparait que cette position de principe n'est pas partagée par son successeur.

389 - D.Huet-Weiller, op. cit. n° 15, dans le même sens Y.Buffelan Lanore J.Cl. Civil art.345.

122. - Quoi qu'il en soit, la légitimation de l'enfant adultérin est devenue possible dans tous les cas et le dernier obstacle sera levé tôt au tard. Toutes les dispositions du droit de l'adoption ne sont-elles pas orientées vers un seul but, le sauvetage des enfants malheureux, quelques soient les circonstances de leur naissance, que l'enfant adultérin puisse en bénéficier est conforme à l'évolution des idées et des mœurs et ne peut qu'être approuvé.

Mais l'interprète n'est plus d'accord, lorsqu'il constate que par le jeu d'un statut particulier, il est possible de tourner des règles impératives. Que le droit de la filiation ait vieilli, qu'il nécessite une refonte nul ne le conteste, les Conseillers de la Cour de cassation moins que tous autres (390) ; mais il est tout aussi évident que la filiation d'un enfant ne peut résulter de la volonté particulière de chacun ! Pourtant grâce à l'adoption plénière, l'enfant naturel et l'enfant adultérin peuvent devenir des enfants légitimes à part entière. N'y a-t-il pas là un certain pharisaïsme et pourquoi défendre d'un côté ce que l'on permet ailleurs ? Après la refonte des régimes matrimoniaux, du régime de la tutelle et de l'adoption, il serait grand temps que le législateur s'attaque au droit de la filiation.

2°) La notion de "parent"

123. - Le terme "parent" s'entend là au sens strict, il s'agit du père et de la mère.

390 - La jurisprudence actuelle de la Cour cass. en est une illustration : Civ. 1ère, 26 mars 1968, D.1968.J.485, concl. Lindon, note Malaurie, J.C.P. 1968.II.15509 note Rouast ; Civ. 1ère 20 mai 1969, D.1969.J.429 note C.Colombet ; Civ. 1ère 21 oct.1969, D.1970.J.121 note D.Huet-Weiller.

- Est-il nécessaire que la filiation de l'enfant soit établie ?

Les termes généraux de l'article 350 permettent de penser que le législateur n'a pas voulu réserver le jugement déclaratif d'abandon aux seuls enfants dont la filiation est établie en droit (391), mais que les enfants dont la filiation est établie en fait pourront aussi en "bénéficier" ; tel par exemple : l'enfant naturel non reconnu par sa mère, lorsque celle-ci a participé à son entretien, avant de le délaisser.

- L'abandon peut-il s'apprécier vis à vis d'un seul des parents seulement, dans le cas, par exemple, où l'autre a consenti à l'adoption ?

L'article 50 alinéa 3 du Code de la famille permet l'immatriculation directe en ce cas, si l'autre parent ne s'est pas manifesté pendant un an. Mais tous les enfants ne sont pas recueillis par l'Aide sociale et d'autre part le désintéressement peut ne pas être bien caractérisé. Ou l'enfant sera tout de même immatriculé, avec tous les risques que cela comporte (392) ou l'immatriculation sera différée par mesure de prudence. Seule la constatation judiciaire d'abandon permettrait une solution définitive présentant toutes garanties.

Pour certains (393), la déclaration judiciaire d'abandon n'est prévue que pour constater l'abandon par les deux parents et l'alinéa 3 est une exception

391 - contra A.M. Fournié "la protection judiciaire de l'enfance en danger" op. cit. 3ème éd. n° 202 p. 137.

392 - Affaire Peron c/ Ass. Publique précité.

393 - P. Raynaud D.1967 chr. 77 op. cit. et Bull. législ. D.1967 p. 61 n° 19 op. cit.

limitée à l'hypothèse envisagée, c'est à dire à l'enfant légitime, adultérin a matre. Cependant, il faut remarquer que dans l'hypothèse envisagée par l'alinéa 3, il ne s'agit pas de constater un véritable abandon, puisque le père ignore la naissance (394). Il est donc normal d'interpréter cette disposition d'une façon restrictive.

En revanche, si l'on s'en tient à l'esprit de la loi et spécialement au but assigné à l'article 350, on ne voit pas pourquoi les tribunaux refuseraient de prononcer l'abandon d'un enfant, sous prétexte qu'un de ses parents a consenti formellement à son adoption. Car, en fait, il ne s'agit pas de passer outre au consentement de l'autre parent, comme dans l'alinéa 3, mais de constater l'état d'abandon ; or, il est bien réalisé vis à vis du parent qui a consenti à l'adoption, dès lors que le délai de rétractation est écoulé ; pourquoi dans ces conditions, le tribunal ne pourrait-il pas constater que l'enfant est bien abandonné par ses deux parents et en tirer les conséquences prévues par la loi ?

3°) Le désintéressement d'un an

124.- Les parents doivent s'être désintéressés de l'enfant pendant plus d'un an. Dans la loi du 11 juillet 1966, le législateur ne définit pas le fait de l'abandon ; il en laisse l'appréciation souveraine au tribunal(395)

394 - voir l'interprétation donnée par T.G.I. de Paris, le 6 nov. 1967, supra n° 118.

395 - Le texte initial prévoyait que l'abandon serait apprécié compte tenu de la situation des père et mère et de leurs possibilités. Cet alinéa a été supprimé par l'Ass. Nat. dans le but de laisser aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation. J.O. 17 nov. 1965 p. 4701.

mais il souligne toutefois, par l'adjonction de l'adverbe manifestement, que l'attitude des parents doit être sans équivoque.

Il donne tout au plus quelques directives au juge, en précisant que la simple rétractation du consentement à l'adoption, ou la demande de nouvelles (396) n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon (397).

Mais a contrario, il n'interdit pas au juge de se contenter, pour refuser de prononcer l'abandon, d'une seule demande de nouvelles, par exemple. Au cours de la comparution personnelle, ordonnée en vertu de l'article 2 du décret du 2 décembre 1966, celui-ci pourra en apprécier les raisons, de même que celles qui auraient motivé la rétractation du consentement à l'adoption, non suivie d'une demande de remise de l'enfant. Cette attitude contradictoire peut s'expliquer par des difficultés matérielles ou morales, nécessitant une aide sociale momentanée, par des remords plus ou moins sincères, ou tout simplement par un essai de chantage. L'audition des parents, à défaut les recherches effectuées par le parquet, permettront aux juges d'être suffisamment éclairés pour statuer en connaissance de cause.

En fait, l'abandon devrait toujours être prononcé si le désintéressement des parents est manifeste, autrement dit, si ceux-ci n'ont pas montré à l'enfant l'in-

396 - voir jurisprudence contradictoire, supra abandon n° 107. Pour le T.G.I. Seine 15ème ch. 6 nov. 1967 préc. une simple lettre demandant des nouvelles ne peut interrompre le délai.

397 - Pour le Dr Launay "cette disposition montre bien le désir du législateur que l'abandon soit apprécié dans chaque cas d'espèce non au vu des seuls critères objectifs, mais en tenant compte de l'attitude psychologique et affective des parents". L'adoption, op. cit. 3ème éd. p. 45.

térêt et l'affection que les père et mère ressentent à l'égard de leur progéniture (398).

Une quelconque démarche du père ou de la mère n'impliquant en rien le souci de supporter la charge de l'enfant ne devrait plus être prise en considération(399), comme cela arrivait dans les instances en attribution de garde ou de délégation de "puissance paternelle". A plus forte raison, les manoeuvres des parents ayant pour but de tirer un avantage pécuniaire de l'attachement de la famille de recueil (400) doivent être impitoyablement décelées (401).

125. - L'attitude des parents ne peut être constitutive de désintéressement que si elle a suffisamment duré, un an est le minimum jugé indispensable.

Un an était déjà le minimum requis pour intenter une procédure de légitimation adoptive, par application de l'article 368 alinéa 3 (loi du 1er mars 1963), qui renvoyait, pour décider de l'abandon, aux conditions exigées pour prononcer une délégation de puissance paternelle (402). Mais deux ans était le minimum exigé pour pouvoir immatriculer pupille de l'Etat, un enfant abandonné

398 - ainsi en a décidé le T.G.I. de Paris, le 6 nov.1967
~~précité note 396 P. République et S.A.S.E. et de la loi, par Paul (1967) I. 500~~

399 - Pourtant la seule déclaration faite par le parent, dans une instance en déclaration d'abandon, qu'il s'oppose à une adoption, et alors qu'il est bien certain qu'il ne compte nullement changer d'attitude, suffit pour certains tribunaux à surseoir à statuer.

400 - Cette hypothèse pourrait survenir dans le cas non prévu par la loi, où le jugement d'abandon a pour but de résoudre un recueil de fait déjà réalisé.

401 - E.S. de la Marnière "l'abandon et le recueil", Bull. S.P.E. mai-déc. 1958 p. 3 ; "l'enfant revendiqué" D.1962 chr. p. 127 ; "Commentaire de la loi du 11 juillet 1966", op. cit.

402 - loi du 24 juill. 1889, art. 17 al. 3 supra n° 105.

(art. 50-1, ordonnance du 5 janv. 1959) et donc le rendre adoptable.

Dorénavant, tous les enfants abandonnés sont soumis au même régime qu'ils soient ou non recueillis par l'Aide sociale. Après un an de désintéressement des parents, ils peuvent bénéficier d'une procédure de déclaration d'abandon. Si l'abandon est prononcé, l'enfant recueilli par l'Aide sociale pourra être immatriculé comme pupille ; l'enfant recueilli par une oeuvre ou un particulier est de la même façon coupé définitivement de sa famille d'origine, tous deviennent adoptables. La loi a donc procédé à une unification judiciaire.

126. - En revanche, elle ne précise pas le point de départ du délai d'un an. Ce silence a déjà donné lieu à des controverses, dans une espèce, qui, sans avoir le retentissement de l'affaire Novack, est tout aussi longue et douloureuse. Elle a débuté sous l'empire de la législation ancienne, mais la dernière décision en date (l'affaire est perdante devant la Cour de cassation) l'a été sous l'empire de la loi du 11 juillet 1966.

Les faits : des parents naturels, âgés la mère de 17 ans et le père d'une vingtaine d'années, remettent leur enfant, né le 17 février 1959, à une oeuvre d'adoption ; ils signent une déclaration d'abandon en vue d'adoption, le 24 novembre 1959. L'oeuvre obtient le 18 mai 1960 une délégation de puissance maternelle, par application de l'article 19 de la loi du 24 juillet 1889, et remet l'enfant à une famille en vue d'adoption, le 4 juin 1960.

Les parents se marient et légitiment l'enfant le 17 septembre 1960 ; ils intentent une action en restitution de garde, en se fondant sur l'article 21 de la loi de 1889. La Cour de Paris, le 8 juillet 1961 (403), re-

pousse cette demande, estimant la remise aux parents impossible, dès le placement en vue d'adoption. La Cour de cassation ne pouvait admettre une telle solution (consacrée par le législateur en 1966) et devait casser le 15 juin 1965 l'arrêt sus-visé (404). La décision aurait peut-être été rendue dans un sens différent, si les parents avaient participé effectivement à la requête de délégation de puissance maternelle. En effet, au cours de l'enquête effectuée à la demande du parquet, les parents avaient confirmé leur volonté d'abandon, mais l'avoué chargé de présenter la requête au nom de l'oeuvre et des parents n'avait pas de procuration expresse de ceux-ci. La Cour de cassation, dans un deuxième arrêt du même jour, devait juger que l'avoué doit s'assurer "à peine de désaveu" que les parents ont donné à l'oeuvre un pouvoir exprès et spécial de se constituer pour consentir en leur nom à l'abandon de leur droit (405). Toutefois, afin de conserver l'enfant, la famille de recueil a intenté deux nouvelles procédures, l'une en délégation de puissance paternelle, (art. 17 al. 3 de la loi du 24 juill. 1889) et l'autre en déclaration d'abandon, par application de l'article 350 de la loi du 11 juillet 1966.

La Cour de Paris (406), confirmant un jugement du tribunal de grande instance de Corbeil-Essone, a débouté le 26 novembre 1968 les époux B... de leur pro-

404 - précité (aff. Laborderie). Cette décision a fait l'objet d'un renvoi devant la Cour d'Orléans, qui a ordonné la remise de l'enfant à ses parents d'origine, mais l'arrêt du 8 juin 1967 n'a jamais été exécuté.

405 - précité ; un 3ème arrêt contre l'avoué a été rendu le même jour. Bull. Cass. 1965.I.297 n° 398.

406 - D.1969.J.459, note La Marnière ; J.C.P. 1969.II.16028 note Raynaud.

mière demande, au motif que le transfert judiciaire de puissance maternelle, "étant une mesure prise dans l'intérêt "d'un enfant dont l'éducation ne peut être assurée par des "parents qui s'en désintéressent..., doit répondre à un "besoin présent et ne peut se concevoir lorsque des parents, "malgré une défaillance passée, veulent assumer leurs de- "voirs".

Le même jour, dans un deuxième arrêt, confirmant un jugement du tribunal de grande instance de Paris, la Cour déclarait que les conditions de l'abandon n'étaient pas réalisées, dès lors que celui-ci ne persistait pas au moment de l'introduction de la demande, et ce, quelle que soit la durée de l'abandon dans le passé.

127. - Ces décisions sont importantes, car elles montrent les conditions que doit revêtir le désintéressement des parents pour donner lieu à une délégation de l'autorité parentale ou à une déclaration d'abandon, par application de l'article 350. De plus, elles illustrent la position des magistrats en présence d'un conflit mettant aux prises deux familles rivales.

A cette occasion est tranché affirmativement le point de savoir si la loi du 11 juillet 1966 était applicable à une situation créée antérieurement à sa promulgation. "En effet", dit la Cour, "les lois modifiant "l'état et la capacité des personnes en instituant des "procédures permettant de telles modifications par justice "s'appliquent immédiatement aux situations existantes"... "même si ces situations résultent de faits ou d'actes antérieurs à la promulgation de la loi nouvelle".

Cette motivation a été critiquée par M. le professeur Raynaud (407) dans la mesure où la Cour de Paris

justifie l'application immédiate de la loi, en déclarant qu'il s'agit d'une loi de procédure, ce qui est fort douteux (408). Il semble en effet que la référence au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle suffisait à justifier la solution, d'autant que les deux demandes étaient postérieures à l'entrée en vigueur des lois sur lesquelles elles se fondaient (409).

128. - Le calcul du délai d'un an.

Pour motiver une déclaration judiciaire d'abandon l'article 350 exige que le désintéressement ait duré "depuis plus d'un an", alors que l'article 17 de la loi de 1889 parlait d'un désintéressement ayant duré "pendant une période d'au moins un an". La question s'était posée de savoir si la rédaction différente des deux textes (410) correspondait à des exigences différentes voulues par le législateur lui-même ? "L'abandon de l'article 350" nécessitant une permanence au moment de la requête, alors que "l'abandon de l'article 17" pouvait avoir cessé à la condition qu'il ait duré un an. Pour la Cour de Paris, dans les deux cas, l'abandon doit persister lorsque le tribunal statue et la durée de l'abandon requise par la loi doit être calculée à partir de la demande et en se reportant en arrière. Cette interprétation, détachée d'une exégèse trop poussée des textes, doit être approuvée; cependant il est permis d'émettre certaines réserves sur le

408 - contra Rouast J.C.P. 1963.II.1760 n° 27 ; Poitiers 3 juill. 1963, préc.

409 - loi du 11 juill. 1966 pour l'application de l'art. 350 ; loi du 1er mars 1963, modifiant l'art.17 de la loi du 24 juill. 1889, pour la délégation de puiss. paternelle, l'abandon qu'il s'agissait d'apprécier remontait à l'année 1959.

410 - En introduisant dans la loi relative à l'autorité parentale, les dispositions de la loi de 1889, le législateur a adopté la rédaction de l'art. 350 (art.377 al.3), la controverse a ainsi perdu une partie de son intérêt pour l'avenir tout au moins.

point de départ retenu par la Cour (411) pour apprécier la durée du désintéressement.

Certes, la déclaration judiciaire d'abandon génératrice de conséquences juridiques doit nécessairement correspondre à la situation telle qu'elle se présente lorsque le tribunal statue et la délégation de l'autorité parentale ne se conçoit pas si les parents veulent assumer leurs devoirs. Cependant, il n'est pas permis de considérer uniquement la réclamation des parents et d'ignorer les conditions de fait et en particulier l'intérêt de l'enfant. Vit-t-il chez les parents de recueil ? La revendication des parents a-t-elle sa source dans la procédure intentée par la famille de recueil ? Pendant combien de temps a duré réellement l'abandon ?

Le juge ne doit pas se laisser enfermer par les textes, mais doit garder une entière liberté d'appréciation. Il ne suffit pas pour interrompre le délai que les parents déclarent vouloir reprendre leur enfant, alors que rien dans leur attitude ne laisse présager la volonté d'assumer dorénavant les charges de la paternité. Il ne devrait pas suffire non plus pour restituer l'enfant à ses parents de considérer leur attitude présente et leur repentir, même s'il est sincère ; seul l'intérêt de l'enfant, et non des considérations de dates, doit inspirer la solution.

Dans l'espèce jugée par la Cour de Paris, il est certain que les parents réclamaient leur enfant depuis longtemps et que la garde avait été conservée par la famille de recueil, malgré plusieurs décisions rendues en faveur de la famille par le sang ; mais il est certain, aussi, que l'enfant avait été réellement abandonné à sa naissance.

411 - Pour Ms Marty et Raynaud (traité t. I vol. 2 n° 477, note 1 p. 527 "Il peut sembler logique de le faire courir du jour où l'enfant a été recueilli".

Le retour de Thierry auprès des parents qui l'ont d'abord confié à une oeuvre, puis ont confirmé leur intention de l'abandonner, puis se sont mariés et l'ont revendiqué, peut-être en fait conforme à son intérêt ; pourtant il vivait depuis huit ans dans un autre foyer ! Le dilemme était grand, sans doute, mais à lire les termes des deux arrêts, il semble que les magistrats ont été guidés surtout par l'application de la règle juridique, alors que la notion d'abandon comporte une liberté d'appréciation indéniable, qui justement permet de rejoindre l'intérêt de l'enfant. La Cour de Paris, en dehors d'une justification par cet intérêt, a consacré, une fois de plus, la primauté des droits des parents par le sang sur ceux des tiers(412).

Quelque soit la décision qui sera rendue par la Cour de cassation et "à moins que l'une des familles opposées ne manifeste qu'elle est la plus passionnée du sort de l'enfant en renonçant à lui par son plus grand "bonheur", elle sera imparfaite et ne mettra pas pour autant fin au conflit.

Ainsi, l'interprétation de l'article 350 par la Cour de Paris, abstraction faite des conditions très particulières de l'espèce, paraît s'inscrire plus dans la ligne traditionnelle de la jurisprudence que dans l'esprit de la loi de 1966 (413).

129. - L'article 350 exige que le désintéressement ait duré depuis plus d'un an pour que l'abandon soit constitué. L'appel en cause des parents permet au juge de s'assu-

412 - comme le souligne M. de la Marnière "la question reste posée : l'enfant, de nos jours, est-il un objet ou un sujet de droit sinon pour le législateur, du moins pour le juge". Bull. S.P.E. sept/oct. 1954 p. 8; note D.1969.J.459 et S.P.E. janv/avril 1969.

413 - Cf. n° 108 in fine.

rer de la permanence de la situation et évidemment, il n'est pas question qu'il prononce l'abandon si les parents réclament leur enfant. Cependant, il lui appartient de ne pas être dupe de manoeuvres de dernière heure, de revendications sans lendemain, de repentirs tardifs.

L'abandon est légalement constitué après un an, la permanence de l'abandon ne doit pas devenir une condition nouvelle et supplémentaire que la loi ne contient pas, elle doit être un élément d'appréciation parmi d'autres. Seul l'intérêt de l'enfant doit inspirer la solution ; s'il vit depuis plusieurs années dans une autre famille, qui est devenue "sa famille", il est impossible de ne pas en tenir compte.

Mais la volonté du législateur ne suffit pas, ici comme ailleurs, à transformer les habitudes et la façon de voir les choses et il y a de fortes chances pour que la jurisprudence antérieure reste valable, au moins dans l'immédiat. Elle continuera à être influencée par la conception personnelle des magistrats, quant aux mérites respectifs des deux solutions : "Dès lors", dit la Cour de Paris (414), "que l'intérêt de l'enfant est conciliable avec les droits de la mère, il y a lieu de les faire prévaloir sur les demandes des tiers, si honorables soient-ils", mais, répond la Cour de Poitiers (415), en abandonnant, "la mère a créé une situation irréparable qui, si elle était modifiée, pourrait mettre en péril la santé physique et morale de l'enfant, qui s'est incorporée de façon intime et définitive à la famille qui l'a prise en charge, il y a plus de cinq ans, qui l'a élevée avec toute l'affection voulue et qui constitue ses véritables parents".

414 - 1er juill. 1963 préc.

415 - 3 juill. 1963 préc.

L'arrêt de la Cour de Poitiers a le mérite de résoudre le problème, non plus en comparant la valeur des deux solutions envisagées (adoption par la famille de recueil ou restitution à la mère qui s'oppose à l'adoption), mais en fonction de la personne de l'enfant ; il s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence qui fait de "l'intérêt de l'enfant" un motif puissant. Dans cette optique, la déclaration d'abandon ne devrait pas être considérée comme une sanction à l'encontre de parents défailiants, mais comme une mesure prise pour assurer l'avenir d'un enfant. L'enfant lui-même ne serait plus considéré comme susceptible d'une sorte de "propriété" découlant du droit naturel de ses parents par le sang, mais comme un être humain, qui a des besoins propres et des droits. Ne pas voir remettre en question sa situation (416), lorsqu'il a trouvé dans une famille de remplacement l'amour que ses parents n'ont pas su ou pu lui donner dans les premiers temps de sa vie, en est l'un des premiers (417).

Le juge ne peut ignorer les recherches médicales, qui éclairent d'une lumière chaque jour plus vive(418)

416 - "Nécessité", dit N. Quemada, d'une façon peut-être volontairement excessive, "d'introduire dans le C.C. une disposition reconnaissant à l'enfant le droit de vivre avec la femme qui l'a élevé, car les liens du sang ne sont rien à côté des liens du maternage, et lorsqu'ils sont distincts ou même opposés, seuls les liens du maternage comptent pour l'intérêt de l'enfant pour son équilibre, son bonheur, son avenir".op. cit. p.50, 80 n° 10 et 81.

417 - à noter qu'il peut s'agir d'une famille nourricière aussi bien que d'une famille adoptive. L'essentiel est que l'enfant soit aimé et heureux.

418 - "Grâce à des travaux de biologie et de psychologie, accomplis de nos jours en divers pays et dont les résultats sont concordants, cette pathologie émotionnelle est maintenant comprise et ne paraît pas moins importante au cours de l'enfance que la pathologie infectieuse qu'ont éclairé, il y a plus d'un demi siècle, les découvertes pasteuriennes".
"N. Quemada op. cit. p. 80 n° 8.

l'importance des premières années de la vie pour le développement futur de l'enfant, l'influence primordiale du milieu environnant (spécialement le caractère irremplaçable des soins maternels (419)) et le traumatisme qu'est pour un enfant la séparation d'avec "sa mère", c'est à dire la femme qui l'a élevé et qu'il aime, aussi profondément qu'elle l'aime elle-même (420).

La pénétration dans le droit de ces notions essentielles pour les médecins et les psychologues aurait pour conséquence indirecte de reconnaître à l'enfant le droit de trouver le plus vite possible et d'une manière définitive, cet amour dont l'absence risque de le marquer définitivement. D'où la nécessité pour les magistrats de ne pas allonger démesurément le délai pendant lequel il est normal de permettre aux parents par le sang de se ressaisir.

Ainsi entendu, le jugement d'abandon remplirait vraiment son office, les liens de famille trop faibles pour constituer un soutien ne deviendraient plus un empêchement irrémédiable, dès qu'il s'agirait de donner à un enfant une insertion familiale définitive.

4°) Le droit de préférence d'un membre de la famille.

130. - Le retour offensif de la primauté des liens du sang apparait dans une disposition originale de la loi

419 - "L'affection de la mère ou du substitut maternel est indispensable et primordiale ; elle seule permet un développement(psycho-moteur et affectif) normal de l'enfant", N. Quemada op. cit. p. 2 et s. ; "Soins maternels et santé mentale" Bowly, O.M.S. Genève 1951 ; Colloque international de Monaco, avril 1969 consacré aux premiers jours de la vie, in Le Monde du 22 avril 1969.

420 - Cf. Jenny Aubry op. cit.

de 1966 : elle permet au juge de préférer à la solution de l'abandon, demandée par l'organisme ou le particulier qui a recueilli l'enfant, la remise de celui-ci à un membre de sa famille par le sang, qui le réclame et veut en assumer la charge.

La solidarité familiale peut ainsi se concrétiser et un enfant ne pourrait être séparé de "sa gens", sans le consentement de ses proches à condition, bien entendu, qu'ils connaissent la situation.

- Que faut-il entendre par le terme général de membre de la famille ?

. Certainement et en premier lieu les grands-parents. Le législateur donne là un fondement légal à la jurisprudence qui, de plus en plus, tient compte des droits naturels des ascendants.

Ceux-ci peuvent avoir ignoré l'état de délaissement dans lequel se trouvaient leurs petits-enfants et on ne peut leur reprocher de ne pas s'être chargés de leur entretien ou de leur éducation. Leur désir de ne pas se voir couper définitivement de leur petit-fils est légitime, nul doute que le juge en tienne compte, mais il devra apprécier tout de même, si tel est l'intérêt de l'enfant : les grands-parents peuvent être âgés et matériellement incapables d'élever un jeune enfant. Une adoption simple avec aménagement d'un droit de visite des ascendants serait peut-être la solution humaine qui pourrait être acceptée par tous.

. Ce droit pourrait-il être invoqué par les grands-parents naturels ?

Cette question reste sans solution légale, puisque l'article 350 ne vise que les membres de la famille.

Cependant, ignorer la volonté de l'ascendant qui, (bien que sans lien juridique de parenté avec l'enfant) veut le prendre en charge, irait à l'encontre de l'esprit de la loi ; en effet celle-ci tend à éviter les conflits dont l'enfant est la première victime, et elle aménage une sorte de droit de préférence de la famille par le sang, dans l'intérêt même de l'enfant.

Un refus de principe irait à l'encontre du courant jurisprudentiel et doctrinal actuel (421), qui reconnaît de plus en plus le droit moral des grands-parents naturels ; les tribunaux leur accordent un droit de visite (422), pourquoi leur dénier alors le droit d'élever leur petit-fils, s'ils le considèrent comme tel.

Le législateur de 1966 a donné à l'enfant adopté des grands-parents, pourquoi refuse-t-il à l'enfant naturel le même avantage ? Une réforme de la filiation naturelle, sur ce point au moins, serait souhaitable sans tarder.

. Les autres membres de la famille.

Par analogie avec l'article 348-6, faut-il admettre dans cette catégorie les parents et alliés jusqu'au 6ème degré ?

421 - "La présence de grands-parents naturels s'intéressant au mineur fait obstacle à sa légitimation adoptive... l'enfant ne se trouvant pas dans un état complet d'abandon" J. Stoufflet op. cit. n° 22 p. 640 ; La Cour de Grenoble a reconnu l'intérêt moral de la famille naturelle pour attaquer la légitimation adoptive, faite par le père adultérin de l'enfant (26 fév. 1947, J.C.P. 1947.II.3758).

422 - Grenoble 25 mars 1946, D.1948.J.118 note Lebrun ; Cass. Belge 22 nov. 1966 préc. ; G. Viney "du droit de visite" Rev. trim. 1965 p. 225, spéc. n° 15 et s. ; mais dans le sens restrictif Paris 8 nov. 1968 op.cit.

Au cours des débats parlementaires (423), le Garde des Sceaux a précisé que le terme s'appliquait aussi bien aux parents par le sang qu'aux alliés. Il semble donc que ce ne soit pas tellement le degré de parenté qui importe que "la conscience de l'intervenant d'appartenir au même groupe familial et la réalité de ce groupe" (424).

- L'intérêt de l'enfant l'emporte.

131. - Cette sorte de droit de préférence que le législateur accorde à la famille de l'enfant est toutefois soumise à une exigence expréssément énoncée dans la loi : l'intérêt de l'enfant, qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement. Deux positions sont concevables, suivant la qualité du demandeur en abandon.

Une prise en considération très favorable de la demande familiale, lorsque l'enfant a été recueilli par l'Aide sociale à l'Enfance ou une oeuvre et que le jugement déclaratif d'abandon a pour but de le faire bénéficier d'un placement en vue d'adoption (425).

Des solutions beaucoup plus nuancées, dans l'hypothèse où la greffe affective ayant déjà été réalisée, la demande a pour but de régulariser une situation de fait existante. Il s'agit alors pour le tribunal de régler un conflit entre famille de recueil et famille par le sang.

Si l'on peut hésiter à rendre un enfant à ses parents par le sang, parce qu'il a été inséré dans une famille et qu'il y est heureux (426), ces hésitations ne peuvent que s'accentuer lorsque ce sont des parents éloignés,

423 - séance du 17 nov. 1965 p. 4700.

424 - La Harrière op. cit. J.C.P. 1966.I.2028 n° 10.

425 - Il semble que le législateur n'ait eu en vue que cette hypothèse.

426 - Cf. supra n° 129.

des inconnus de l'enfant, peut être, qui le réclament.

Leur désir de recueillir leur parent mineur est a priori louable, mais il peut ressortir aussi de considérations d'intérêt personnel peu avouables.

D'autre part, s'agit-il dans leur esprit d'une simple prise en charge pour faire échec à l'adoption envisagée, ou d'un désir véritable de remplacer auprès de l'enfant ses parents défaillants avec toutes les exigences de permanence et d'irréversibilité que cela comporte ? Peut-on légitimement espérer que ce recueil se transformera en adoption (427), même si pour l'instant, elle est juridiquement irréalisable ?

En résumé la solution proposée doit être examinée du seul point de vue de l'intérêt de l'enfant ?

Si cet intérêt commande, au moins dans le premier cas (recueil préalable au placement), de préférer pour lui la famille au sens large qui est la sienne, avec tout ce que cela comporte de traditions, de souvenirs, d'enracinement, ne vaut-il pas mieux, dans certains cas limites, que l'enfant ignore toujours les parents, qui lui ont donné le jour ? (428)

Dans cette hypothèse, la solution radicale, la coupure nette d'avec le passé s'impose. Elle empêche par le secret du placement, réalisé tant par l'Aide sociale que par les oeuvres d'adoption autorisées, le retour offensif des parents par le sang, qui viendraient plus tard semer le trouble dans l'âme de leur enfant et rendraient la vie familiale impossible.

427 - au besoin avec une dispense du Président de la République.

428 - parents plus ou moins indignes, clochards, ivrognes, prostituées...

C - SA PROCEDURE

132. - La procédure du jugement déclaratif d'abandon a été réglementée dans le décret du 2 décembre 1966 (429) en même temps que la procédure du jugement d'adoption (430) ; elle présente des caractères propres.

1°) Le tribunal compétent

Le tribunal compétent est le tribunal de grande instance de la résidence de l'enfant ou si la requête est présentée par le service de l'Aide sociale à l'Enfance, celui du chef-lieu du département où l'enfant a été recueilli par ce service (art. 1). En fait, le tribunal compétent sera donc celui du lieu où réside la personne qui élève l'enfant (cette mesure est donc favorable au gardien) ou bien s'il s'agit d'un recueil par une oeuvre, celui du siège social de l'oeuvre (431). L'exception posée par le texte au cas de recueil par le service de l'Aide sociale vise l'hypothèse très courante de l'enfant recueilli à Paris et conduit en province pour être élevé à la campagne ; une bonne organisation des services exige que les requêtes soient présentées et suivies par la direction et non par de simples agences de surveillance des enfants.

Toutes les fois que le tribunal comportera une chambre de la famille, l'affaire lui sera confiée. De-

429 - décret n° 66-903 relatif aux procédures de déclaration d'abandon et d'adoption (J.O. 8 déc. 1966).

430 - infra IIème Partie, n° 262 et s.

431 - Si celle-ci avait confié l'enfant à une crèche éloignée de son siège social, la compétence serait discutée, mais cette hypothèse paraît peu probable.

puis le 16 septembre 1969, existe à Paris une telle chambre (432) ; dans le mois suivant sa création, elle a eu connaissance de 42 demandes de déclaration d'abandon ; il s'agissait le plus souvent d'enfants de trois à cinq ans, recueillis par l'Aide sociale de Paris et "des départements de la couronne"(433).

2°) La saisine du tribunal

133. - La requête doit être présentée par la personne, l'oeuvre privée ou le service de l'Aide sociale qui a la charge du mineur. Le requérant doit donc être le gardien de fait de l'enfant, il est ainsi exclu que la requête soit présentée par une oeuvre ayant déjà confié l'enfant à un tiers.

Le ministère d'un avoué n'est pas obligatoire, puisque l'alinéa 3 de l'article 1 du décret prévoit qu'il est possible d'adresser la requête au procureur de la République, celui-ci la présente alors au tribunal sans frais.

La requête doit contenir toutes précisions utiles et notamment, les renseignements concernant l'état-civil de l'enfant et de ses parents (y compris leur profession et leur domicile) dans la mesure où ils sont connus, ainsi que les circonstances et la date de l'abandon et du

432 - Sa compétence est pour l'instant limitée aux affaires de divorce avec enfants, après dépôt de la requête ; aux référés traitant de la garde et du droit de visite ; aux procédures de déchéance d'autorité parentale et de déclaration d'abandon ; aux demandes concernant la modification de l'autorité parentale sur l'enfant naturel (art. 383) ; une fois par mois, siégeant en matière correctionnelle, elle juge de la non représentation des mineurs.
433 - deux décrets du 3 oct. 1967 (D.1967.419) ont réorganisé l'A.S.E. de la Seine, conformément au nouveau découpage de la région parisienne.

recueil, enfin les motifs de la demande.

Afin de préserver le secret du recueil vis à vis des parents par le sang, il serait nécessaire de prévoir un additif au décret du 2 décembre 1966, en vue de permettre au ministère public d'agir en déclaration d'abandon, toutes les fois qu'il serait opportun pour la famille de recueil de ne pas apparaître nominativement dans la procédure.

3°) L'instruction de la demande

134. - En premier lieu le tribunal va faire procéder à une enquête ; ensuite, il devra entendre le gardien, puis les parents ou le tuteur de l'enfant.

a) L'enquête

Elle a pour but d'établir les faits motivant la requête et de rechercher la solution la meilleure pour l'enfant. Elle doit être diligentée le plus rapidement possible, afin de ne pas retarder le placement et l'adoption, mais cette rapidité peut être difficilement compatible avec la recherche des parents (434).

Cette enquête a deux buts principaux :

- Vérifier les conditions dans lesquelles l'enfant est élevé et les perspectives d'avenir, ceci dans la mesure où l'enfant est déjà dans une famille d'accueil.

- Rechercher les circonstances de l'abandon et, dans l'hypothèse où les parents revendiquent l'enfant, les véritables raisons de leur attitude présente et leurs aptitudes à remplir dorénavant les charges de la paternité.

434 - voir infra n° 135 et 136 les difficultés de cette recherche.

Le second point de l'enquête est lié à la recherche des parents (435), il nécessite de l'enquêteur social discrétion et savoir-faire. Il amène inévitablement un contrôle de l'état-civil et même de la filiation de l'enfant. Par exemple, si la mère est une femme mariée, l'enfant est réputé légitime, il est alors important de connaître les intentions du mari et de savoir s'il veut intenter une action en désaveu ; mais une limite s'impose dans le cadre de l'alinéa 3 de l'article 350 (436).

b) L'examen de l'affaire

135. - Celui-ci a lieu en chambre du conseil "en présence du particulier, des représentants de l'établissement gardien de l'enfant ou de l'administration", et le ministère public est entendu. L'examen en chambre du conseil s'impose, en raison de la nature de l'affaire qui touche à l'intimité des familles, et le contrôle du ministère public se justifie pour la défense des intérêts qui n'ont pas de porte-parole à l'instance (437).

435 - "Certains ont quitté leur domicile et ne sont pas retrouvés.

- "D'autres, ayant remis l'enfant à l'Aide sociale, s'étonnent d'être recherchés ; ils croyaient l'abandon définitivement accompli et n'y pensaient plus ; ils peuvent être invités par les services de police à aller dans les locaux d'Aide sociale de leur domicile, signer un abandon formel rendant inutile la mise au rôle de la requête.

- "D'autres encore, inconscients, honteux, reconnaissent l'abandon, parfois avec peine, mais sans réagir pour autant. Cités à l'audience, ils viennent ou s'abstiennent.

- "Certains, protestent, invoquent des difficultés passagères, des circonstances exceptionnelles qui les ont empêchés d'aller voir l'enfant auquel ils manifestent, oralement des sentiments de vif attachement. A l'égard de ceux-là, une enquête sera nécessaire pour vérifier le fondement de leurs allégations" (A.M.Fournié, op. cit. n° 212).

436 - T.G.I. Paris, 6 nov. 1967 (préc.) Cf. n° 118.

437 - Hébraud, Commentaire de la loi du 15 juill. 1944 sur la chambre du conseil, D.1946. lég. p. 338.

Mais, la disposition qui suit est importante, car elle imprime aux débats un caractère contentieux : "les parents ou le tuteur sont également entendus ou dûment appelés" (art. 2 du décret). La volonté du Gouvernement, comme du Parlement, a été de faire du jugement d'abandon un jugement contradictoire, rendu en présence des parents.

- présence obligatoire du gardien de l'enfant

De sa comparution, le tribunal obtiendra peut-être des précisions supplémentaires (volontairement ou involontairement cachées, dans la requête introductive) sur les circonstances de l'abandon, s'il s'agit surtout d'un particulier, cela lui permettra de se faire une opinion sur sa personnalité et les raisons qui motivent sa démarche.

- appel en cause des parents

Lorsque le projet de loi fut présenté au Parlement, il ne comportait aucune précision à ce sujet ; de nombreux amendements, visant tous à donner des garanties réelles aux parents par le sang, furent déposés (438), puis retirés, devant l'engagement pris par le Garde des Sceaux de les faire figurer dans le règlement d'application concernant la procédure (439).

438 - amendement n° 7 de la Commission des Affaires culturelles, déposé par Mme Launay, et soumettant la mise en oeuvre de la procédure à l'envoi d'un avertissement écrit adressé aux parents trois mois auparavant ; amendement n° 72 de M. Hoguet exigeant que cet avertissement soit donné par acte extra-judiciaire ; amendement n° 57 de Mmes Vaillant-Couturier et Prin posant les règles d'une procédure contradictoire. (Ass. Nat. 17 nov. 1965, J.O. p. 4701).

439 - Depuis la Constitution de 1958, les lois de procédure sont du domaine de l'Exécutif.

Cette disposition est capitale dans l'économie de la loi ; elle se justifie par les effets du jugement d'abandon qui déchoit les parents de tout droit sur l'enfant, y compris celui de consentir à l'adoption, et ce, d'une façon irréversible ; elle a une portée générale, sauf réserves en ce qui concerne l'hypothèse prévue par l'alinéa 3 de l'article 350. En effet, la mère qui a consenti à l'adoption n'a pas à être appelée, sauf dans les hypothèses prévues par l'article 348-2, qui sont celles du droit commun (440). La question est plus délicate vis à vis du père légal (441) et les avis sont partagés (442). La solution rendue par le tribunal de Paris, le 6 novembre 1967 (précité) est réaliste et paraît devoir être approuvée (443).

La mise en oeuvre de la disposition légale recouvre deux hypothèses :

- L'adresse des parents ou du tuteur est connue, la citation délivrée à la requête du parquet leur parviendra ; où ils se présenteront et seront entendus par le tribunal, qui pourra ainsi connaître leurs intentions et les raisons de leur attitude ; ou ils ne se rendent pas à l'audience et démontrent par là même leur indifférence.

- Mais très souvent, l'adresse des parents est inconnue. Faire dépendre alors la déclaration d'abandon d'une notification reviendrait à priver, en fait, la procédure d'abandon d'une grande partie de sa raison d'être,

440 - rétractation du consentement (pendant le délai de trois mois) non suivie d'une remise de l'enfant et demande de restitution, hors du délai de trois mois, si l'enfant n'est pas encore placé.

441 - supra n° 117 et s.

442 - en faveur d'une mise en cause du père légal, A.M. Fournié n° 213 p. 143.

443 - supra n° 118.

puisqu'elle est prévue justement pour les enfants délaissés. L'article 3 du décret prévoit, dans ce cas; que le tribunal peut faire procéder à des recherches dans l'intérêt des familles. Ces investigations ne s'imposent pas au tribunal, mais étant donné la gravité de la décision qu'il doit prendre, il y a tout lieu de penser qu'elles seront entreprises dans de nombreux cas. Il serait en effet trop grave de rompre les liens de l'enfant avec ses père et mère sans ^{ceux-ci} avoir entendu et, en cas de disparition, sans les avoir fait rechercher.

Le texte ne précise pas comment sera opéré cette recherche, il est permis de penser qu'elle sera faite par le service spécialisé de la préfecture (service de recherches dans l'intérêt des familles ou même service de police ou de gendarmerie, à Paris, brigade des mineurs) à la diligence du parquet.

- Toutefois, l'intérêt de l'enfant abandonné exige que la procédure ne se prolonge pas indéfiniment. C'est pourquoi, si après un délai de six mois, les recherches n'ont pas abouti, le tribunal doit se prononcer. Il faut noter, en effet, que ce délai s'ajoute à la période d'un an nécessaire à la mise en oeuvre de l'article 350, et qu'ainsi, dans l'hypothèse où les parents de l'enfant ont disparu, il pourra s'écouler un délai de dix huit mois entre l'abandon de fait et le jugement de déclaration d'abandon, et ce, non compris les longueurs inhérentes à la procédure.

En fait, il n'est pas certain que le tribunal respecte toujours le délai de six mois, car avant de prononcer l'abandon, il voudra s'assurer que tel est bien l'intérêt de l'enfant. S'il a l'impression que les parents sont susceptibles de s'amender, il répugnera à prononcer

l'abandon et proposera au requérant de transformer sa demande en une simple délégation d'autorité parentale ; si les parents s'opposent à la requête et font "bonne impression", il voudra être complètement informé et pour cela ordonnera une enquête sociale ; enfin, si les parents sont introuvables ou partis à l'étranger, il ordonnera peut-être un supplément d'enquête. Certes, il n'oubliera jamais que l'enfant attend, mais en une telle matière, il ne serait pas admissible, qu'en raison d'un délai, soit rendue une décision sur des informations incomplètes (444).

Ainsi les droits de la famille par le sang se trouvent garantis dans toute la mesure du possible et le législateur espère de cette façon éliminer les réclamations futures. Cependant, il faut souligner les limites de la règle nouvelle : conçue pour une situation précise, déclaration d'abandon, puis placement, puis adoption, elle ne recouvre pas toutes les hypothèses pratiques de recueil et n'évitera pas la naissance de conflits douloureux, chaque fois que le recueil aura lieu spontanément et que la demande de déclaration d'abandon aura pour point de départ une situation déjà cristallisée, un désir de traduire juridiquement "une greffe affective" (445).

Est également prévu, non par le décret, mais par la loi elle-même (art. 350 al. 1), la possibilité d'une intervention d'un membre de la famille (446) deman-

444 - En 1969 au T.G.I. de Paris, sur 194 jugements rendus par application de l'art. 350 du C.C., 162 prononçaient l'abandon, 7 le rejettaient et 25 ordonnaient mesures d'enquête ou autres.

445 - l'exemple le plus significatif est celui de la nourrice qui désire adopter l'enfant qui lui a été confié par ses parents contre un salaire, et qu'elle a continué d'élever, malgré la disparition de ceux-ci et le non paiement de la pension.

446 - supra n° 130.

dant à assumer la charge du mineur. En raison de la gravité de la décision, préluant à une rupture totale de l'enfant avec toute sa famille par le sang, le législateur a voulu permettre à un membre de celle-ci de recueillir l'enfant, mais sous le contrôle du tribunal, juge de son intérêt véritable.

4°) Le jugement

136. - Le jugement est toujours prononcé en audience publique (art. 2 in fine).

- Le tribunal peut rejeter la requête, soit parce qu'il estime que les parents ne se sont pas désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an et qu'ainsi les conditions de l'abandon ne sont pas réunies (447), soit, même si les conditions légales sont remplies, parce qu'il estime que la déclaration d'abandon serait contraire à l'intérêt de l'enfant, en raison notamment de l'intervention d'un membre de la famille ou de l'absence de garanties de la part des requérants.

Dans cette hypothèse, il appartiendra au ministère public de saisir le juge des enfants ou le tribunal de grande instance pour qu'il soit pris des mesures adaptées à la situation de l'enfant (448).

- Le tribunal peut déclarer l'enfant abandonné. Dans ce cas, la décision comportera une délégation de l'autorité parentale, au service de l'Aide sociale, à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant (art. 350 al. 4 et art. 4 du décret), à moins que la délégation

447 - Cf. affaire Laborderie n° 118.

448 - le tribunal ne peut déléguer les droits de l'autorité parentale que s'il a déclaré l'enfant abandonné.

ait été déjà opérée précédemment, en vertu des articles 377 et suivants du Code civil (anciennement art. 17 et 20 de la loi du 24 juillet 1889).

5°) Les voies de recours

137. - L'article 5 du décret du 2 décembre prévoit l'appel et le recours en cassation ; l'article 350 in fine précise les conditions de recevabilité de la tierce-opposition ; par application des articles 149 et 150 du Code de procédure civile (449), une opposition devrait être déclarée irrecevable, la faculté de faire appel excluant en tout état de cause cette voie de recours. S'agissant d'un jugement contentieux, la voie de la requête civile paraît être ouverte en principe, mais la possibilité de l'appel en limite d'autant les cas d'ouverture (450).

a) L'appel

L'appel est ouvert au ministère public, ainsi qu'à toute partie en cause "en ce qui concerne le ou "les chefs du dit jugement pouvant lui faire grief".

L'appel est formé instruit et jugé dans les mêmes formes que celles prévues lors de la procédure du premier degré.

449 - le droit commun s'applique en l'absence de toute disposition contraire, l'amendement présenté par Mmes Vaillant-Couturier et Prin et ayant pour but de permettre l'opposition contre les jugements d'abandon rendus par défaut, "par déclaration au greffe du T.G.I. dans un délai d'un mois de la signification", ayant été retiré, devant l'engagement du Garde des Sceaux de rendre la procédure d'abandon contradictoire par décret. (Déb. Ass. Nat. 17 nov. 1965, J.O. p. 4701).

450 - Cf. IIème Partie étude des voies de recours contre le jugement d'adoption, n° 275 et s.

- Le point de départ du délai d'appel.

Par application des règles générales de procédure devant la chambre du conseil "le délai d'appel est d'un mois à compter de la signification du jugement "au défendeur, s'il en existe, sinon de la signification "au procureur de la République"...(art. 6 de la loi du 15 juill. 1944 modifié par le décret du 22 déc. 1958).

Ainsi, il appartiendra au requérant de signifier le jugement aux parents (ou au tuteur) de l'enfant, toutes les fois qu'ils auront été parties au procès. Cette signification ne présente pas de difficultés particulières, l'adresse des parents étant connue. Un mois plus tard, le jugement sera définitif et l'enfant pourra être placé en vue d'adoption ; s'il était déjà recueilli par la famille qui veut l'adopter, le recueil se transformera en placement (451).

Si l'instance a eu lieu en l'absence de la famille par le sang, soit que celle-ci régulièrement citée n'ait pas comparu, soit qu'elle n'ait pas été retrouvée, (malgré les recherches effectuées par application de l'art. 3 du décret du 2 déc. 1966), le jugement sera rendu par défaut, mais réputé contradictoire, par application de l'article 149 du Code de procédure civile (décret du 22 déc. 1958) : l'exécution en sera suspendue tant que l'appel sera recevable (art. 155 du Code de proc. civ., décret du 26 nov. 1965), autrement dit tant que le jugement n'aura pas été signifié.

Dans cette hypothèse, si le tribunal a rejeté la demande, la signification devra être faite au -

requérant par le ministère public, qui fait office de défendeur ; en revanche, si le jugement a prononcé l'abandon, la signification sera à la charge du demandeur.

- Les difficultés de la signification

138. - Toutes les fois que l'adresse des parents ou du tuteur sera connue, la signification se fera à personne, à domicile, ou en mairie (452) ; mais si les parents sont restés introuvables lors de la citation introductive, ou s'ils ont déménagé depuis, sans laisser d'adresse, la signification devra se faire au parquet du procureur de la République près le tribunal qui a rendu le jugement (453). Il appartiendra alors au procureur de la République de faire rechercher d'office le destinataire et d'aviser l'avoué du demandeur ou à défaut la partie du résultat de ses recherches (art. 158-2).

Le délai d'appel (454) courra alors du jour du procès-verbal de remise à l'intéressé ou du récépissé de l'acte ; si le destinataire n'est pas retrouvé, le jugement ne sera pas exécutoire par lui-même, mais le demandeur devra présenter au Président du tribunal une requête aux fins de permis d'exécution.

Au vu du procès-verbal de recherches infructueuses le Président autorisera, par ordonnance, le demandeur à exécuter le jugement à l'expiration du délai,

452 - l'art. 158-1 du Code de proc. civ. précise les formalités à remplir pour rendre le jugement exécutoire dans le cas où l'intéressé ne retire pas la copie du jugement.

453 - art. 69-8°, 9°, et 10° du Code de proc. civ., décret du 26 nov. 1965.

454 - Par application de l'art. 445-1 du Code de proc. civ. le délai d'appel à l'égard des jugements par défaut réputés contradictoires, court dans les conditions prévues pour l'opposition aux articles 158 et s.

d'appel qui courra du jour de cette ordonnance (455).

Si le défendeur habite à l'étranger, le délai d'appel sera augmenté d'un mois pour l'Europe, de deux mois pour les autres parties du monde (art. 1033-2 du Code de proc. civ.) ; la copie certifiée conforme du jugement sera adressée à l'intéressé par lettre recommandée avec accusé de réception (456), si la preuve de la remise de l'acte à l'intéressé n'est pas faite dans un délai de trois mois, à compter de la signification au parquet, le demandeur présentera requête aux fins de permis d'exécution au Président du tribunal (457) ; l'ordonnance portant permis d'exécuter constatera l'expiration du délai d'opposition ou d'appel (art. 158-3).

A ce moment là, mais à ce moment là seulement, le jugement déclaratif d'abandon sera définitif et par conséquent l'enfant pourra être placé en vue d'adoption.

139. - Ainsi, toutes les fois que les parents bien que régulièrement cités ne comparaîtront pas, ou toutes les fois qu'ils n'auront pu être touchés par la citation (458), une nouvelle procédure devra être engagée par le demandeur, de nouveaux délais s'écouleront (délais de procédure, de recherche, si le Président du tribunal l'estime nécessaire) et retarderont d'autant le placement de l'enfant.

455 - S'agissant d'une décision non contentieuse, cette ordonnance n'est pas susceptible d'appel ; telle est du moins l'interprétation donnée par la Cour de Rouen, le 6 déc. 1968 (D.1968.J.87), s'appuyant sur l'art. 158-1 al. 2 & 3 ; contre cette ordonnance "la voie de recours normale est l'opposition aux fins de rétractation devant le magistrat qui a rendu le jugement".

456 - l'envoi sera fait au plus tard le jour de la signification au parquet.

457 - celui-ci s'assurera que toutes diligences ont été faites, dans la négative, il en prescrira de complémentaires.

458 - Ces hypothèses se présenteront fréquemment, puisqu'il s'agit d'enfants délaissés par leurs parents.

Ce problème, qui découle de la simple application du droit commun et qui ne paraît pas avoir été soulevé au cours des discussions préparatoires, entraîne des difficultés graves, risquant d'enlever une partie de son intérêt au jugement d'abandon. Il est permis de l'illustrer par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 novembre 1969 (459), confirmant partiellement un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 14 mai 1969 (460). Bien que ces décisions concernent plus spécialement l'exécution d'un jugement par défaut, rendu en application de la loi du 24 juillet 1889, il n'est pas possible de les ignorer, car les mêmes difficultés pourraient surgir lors d'une procédure d'abandon.

Le 15 novembre 1967, le tribunal de grande instance de Paris (461) avait déchu une demoiselle M... (non comparante à l'audience, mais régulièrement citée à parquet) de ses droits de puissance paternelle, avait délégué ces droits sur deux des enfants à l'Aide sociale à l'Enfance ; avait commis un huissier audiencier pour signifier la décision à parquet, le domicile de la mère étant inconnu. La signification fut faite le 9 janvier 1968, mais par lettre du 28 février, demoiselle M... faisait opposition. Le 14 mai 1969, le tribunal déclarait l'opposition recevable en la forme et, avant de statuer au fond, ordonnait une enquête sociale. Sur appel du procureur de la République, la Cour de Paris confirmait le jugement entrepris, en ce qu'il déclarait recevable l'opposition.

En l'espèce, l'opposition avait été reçue par application de l'article 6 de la loi du 24 juillet

459 - 10ème Ch. 3ème Sect. (non publiée).

460 - 15ème Ch. (non publiée).

461 - 15ème Ch. (non publiée).

: 1889 (462), et compte tenu du fait que la signification avait eu lieu à parquet, sans que les recherches nécessaires aient été effectuées pour découvrir le domicile ou la résidence de la mère.

Certes, une opposition n'est pas concevable contre un jugement d'abandon (puisque l'appel est possible art. 149 du Code de proc. civ.), mais la faculté de faire appel permet de la même façon de remettre en cause la décision rendue, le délai d'appel ne courant pas plus que le délai d'opposition en ce cas. Or, il s'avère que très souvent, les parquets submergés ne font guère de recherches pour retrouver le destinataire ou que celui-ci, malgré les recherches, reste introuvable et qu'ainsi le jugement ne devient pas définitif.

Ainsi la seule façon d'obtenir un jugement définitif est de demander le permis d'exécuter (463), mais depuis que la loi du 11 juillet 1966 a été promulguée et que les tribunaux prononcent des jugements d'abandon réputés contradictoires, combien de permis d'exécuter ont été délivrés ? Combien de placements en vue d'adoption pourraient ainsi être remis en question, pour peu que les parents réapparaissent avant le prononcé du jugement d'adoption ?

Le système mis au point par le législateur et ayant pour but de permettre le placement rapide des en-

462 - Le décret du 21 déc. 1958, supprimant l'opposition toutes les fois que l'appel est recevable, n'a pas supprimé l'opposition, en tant que garantie supplémentaire accordée aux parties par une disposition expresse de la loi, c'était le cas pour la loi de 1889. La loi relative à l'autorité parentale passe sous silence, ce qui est normal, toute la partie procédurale de la loi de 1889 ; il faut attendre la parution du décret d'application pour savoir si le législateur a laissé subsister cette garantie supplémentaire au profit des parents.

463 - par application de l'art. 158-1 (décret du 26 nov. 1965) et 158-2, toutes les fois que la signification aura été faite à parquet et que les défendeurs n'aient pas été retrouvés. Cette procédure est employée par l'A.S.E. de Paris depuis l'arrêt de la Cour de Paris du 12 nov. 1969 préc.

fants déclarés abandonnés est bloqué (464). La procédure s'allonge et s'alourdit, et lorsque le jugement d'abandon pourra être exécuté, les enfants qui auront attendu pendant des mois et même des années seront trop âgés pour être placés en vue d'adoption (465).

Voilà le résultat d'une méconnaissance par le législateur du mécanisme de droit commun de la procédure. Certes, celle-ci est avant tout protectrice des intérêts en présence et ici de la famille par le sang ; c'est un bien, mais ce résultat ne se retourne-t-il pas contre l'enfant ?

b) Le pourvoi en cassation

140. - Un recours en cassation peut être formé par le ministère public et par toute partie en cause. En l'absence de toute disposition spéciale, les formes du pourvoi sont celles du droit commun.

464 - Quelques chiffres, communiqués par l'A.S.E. ceux de 1967 concernent l'A.S.E. de la Seine, ceux de 1968 et 1969, l'A.S.E. de Paris, séparée des départements de "la couronne", à la suite des deux décrets du 3 octobre 1966 (D.1967.419)

années	requêtes	jugt. abandon	placements en vue adopt.
1967	164	144	31
1968	66	39	3
1969 (1er sept.)	76	9	0

Cependant la création de la Chambre de la famille semble avoir accéléré la procédure. Les chiffres communiqués par le greffe du T.G.I. de Paris pour toute l'année 1969 (15ème Ch. jusqu'aux vacances judiciaires et Ch. de la famille à partir du 7 sept.) font état de 169 jug. d'abandon, dont 147 à la demande de l'Aide sociale (Paris et départements de la couronne), 20 à la demande de particuliers et 2 à la demande d'oeuvres.

465 - dans l'espèce citée supra, 2 années s'étaient écoulées entre la 1ère décision et l'arrêt de la Cour.

c) La tierce-opposition

141. - La tierce-opposition est recevable en cas de dol, fraude ou erreur sur l'identité de l'enfant (art. 350 in fine).

conditions d'exercice

- La loi ne limite pas le délai pour intenter une tierce-opposition (celui-ci est donc de 30 ans), elle limite seulement les cas d'ouverture. Toutefois, il faut souligner que le jugement d'adoption étant irrévocable purge, en quelque sorte, les vices entachant le consentement des parents ou du conseil de famille ou les irrégularités du jugement d'abandon (466), (à moins qu'il ne s'agisse de dol ou de fraude des adoptants eux-mêmes (467)) et qu'ainsi le délai, pour intenter la tierce-opposition contre un jugement d'abandon, est limité par la date du jugement d'adoption ; il sera assez court, les candidats adoptants étant toujours très pressés de voir se transformer le recueil en une situation définitive. Cependant, dans le cas où le jugement d'abandon a précédé le recueil, un délai de six mois se sera nécessairement écoulé entre la déclaration d'abandon et le dépôt de la requête en adoption, par application de l'art. 345 al. 1 a (468) ; si l'on y ajoute les délais de procédure, un an au moins séparera les deux jugements (469).

466 - et comme le soulignait M. Jozeau-Marigné (Rapport n° 134 p. 46) "la tierce opposition n'aura plus aucun effet, lorsque le jugement d'adoption est prononcé".

467 - En effet, la tierce-opposition est recevable contre le jugement d'adoption pour dol ou fraude des adoptants.

468 - infra n°157.

469 - En revanche dans le cas où le recueil a précédé le jugement les deux procédures pourront se succéder très rapidement, mais non ne faire qu'un. supra n° 110.

- En l'absence de disposition spéciale, toute personne justifiant d'un intérêt pour agir peut intenter une tierce-opposition contre le jugement d'abandon. Il appartiendra au tribunal de vérifier que cet intérêt n'est pas en contradiction avec celui de l'enfant.

Ainsi la tierce-opposition est ouverte aux père et mère légitimes et naturels, mais aussi aux père et mère qui (sans avoir reconnu formellement l'enfant) sont connus en fait, aux ascendants légitimes ou même naturels à tout membre de la famille de l'enfant. Cette solution est conforme à l'esprit de l'article 350, qui autorise notamment un membre de la famille à intervenir dans l'instance pour demander à assumer la charge du mineur (470).

La tierce-opposition serait certainement recevable de la part du tuteur de l'enfant, ou de son gardien. En effet, le décret du 2 décembre prévoit dans son article 2, d'une part que le tuteur doit être entendu ou appelé, d'autre part que l'examen de l'affaire devra avoir lieu en présence du particulier, des représentants de l'établissement gardien de l'enfant ou de l'administration.

En fait, le véritable problème n'est pas de savoir qui peut intenter une tierce-opposition, mais comment les tiers intéressés seront informés de la décision rendue. La signification du jugement ne sera faite qu'aux parents ou au tuteur, si l'enquête a permis de les toucher (471), mais non aux membres de la famille ou aux grands-parents. Il faut souhaiter que l'enquête sociale ait permis de déterminer et de joindre les personnes qui s'intéressent tant soit peu à l'enfant et qu'ainsi la décision

470 - supra n° 130.

471 - voir supra n° 138 et 139, les difficultés de la signification.

d'abandon, ayant été prise en toute connaissance de cause, la tierce-opposition reste, comme il se doit, une voie de recours vraiment exceptionnelle.

cas d'ouverture

142. - Le dol et la fraude sont pris en considération de quelque personne qu'ils émanent : organismes de recueil, oeuvres d'adoption, gardien de l'enfant, candidats adoptants, tiers...

- Le dol est constitué plus spécialement (472) par des tromperies ou des manoeuvres ayant pour but de provoquer l'abandon : pression morale ou même physique en vue d'obtenir la signature d'un acte d'abandon ; informations tendentieuses visant à tromper la mère quant à ses droits, quant aux secours qu'elle peut obtenir ; entretien de la mère dans une croyance erronée sur la portée véritable d'un acte d'abandon (473) ; refus de rendre l'enfant, de communiquer son adresse pendant le délai de rétractation ; manoeuvres dilatoires ayant pour but d'empêcher la mère de rétracter son consentement pendant le délai utile ;... et "tous les agissements malhonnêtes tendant à surprendre une personne" (474).

- La fraude est réalisée par des agissements ou des dissimulations ayant pour conséquence de mettre obstacle à l'application de la loi ou ayant pour but de tirer un bénéfice d'une situation donnée : recueil di-

472 - par application de l'art. 116 du C.C.

473 - Cette hypothèse est valable dans le cas d'un enfant non reconnu, il paraît difficile d'imaginer en effet que la mère de l'enfant reconnu, qui consent à l'adoption devant notaire, ne se rende pas compte de la portée de son geste.

474 - C. Colmar 30 janv. 1970. D.1970.J.297 et note Alfandari.

rect de l'enfant de moins de deux ans, sans passer par un intermédiaire agréé ; infraction aux obligations imposées à l'Aide sociale à l'Enfance et aux oeuvres agréés, par l'article 55 du Code de la famille, et concernant plus spécialement les conséquences de l'abandon, le droit de rétractation et la législation d'aide aux mères ; adoption par le gardien ou le tuteur d'un enfant sans filiation légale établie, mais en fait non abandonné réellement par sa mère, à qui le projet a été soigneusement caché (475).

Seraient évidemment constitutifs du dol ou de la fraude, toutes productions de pièces et de témoignages plus ou moins véridiques ayant pour but d'accréditer dans l'esprit des magistrats la réalité d'un abandon.

Les éléments constitutifs relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond et il est certain que ceux-ci, soucieux au maximum des droits du sang, prendraient en considération toutes manoeuvres ou agissements, volontaires ou non, commis au détriment des parents d'origine.

- L'erreur sur l'identité de l'enfant

143. - Cette hypothèse paraît assez invraisemblable. Il faut supposer qu'un service d'adoption ait fait déclarer abandonné un enfant, en fondant sa demande sur le dossier d'un autre enfant, ou qu'il y ait eu substitution d'enfant. Toutefois, à partir du moment où le législateur restreignait au maximum les cas d'ouverture, il a été jugé utile de prévoir même les cas marginaux.

475 - Trib. Civ. Bordeaux 27 sept. 1954. J.C.P. 1954.II. 8432 note Soudé ; Trib. Civ. Bordeaux 16 juin 1955 (J.C.P. 1955.II.8778 note Soudé) qui souligne que les agissements de la mère adoptive démontrent "une volonté certaine de fraude".

- La force majeure n'est pas retenue.

144. -Le projet initial présenté par le gouvernement comportait un quatrième cas de recevabilité, la force majeure ; mais devant l'opposition des sénateurs, qui en première comme en deuxième lecture, le repoussèrent, et ce, malgré les votes contraires de l'Assemblée Nationale il y fut renoncé par celle-ci, à titre de conciliation (476).

Les sénateurs reprochaient à la notion de force majeure d'être "extrêmement vague" (M. de la Gontrie) "d'échapper presque toujours à une appréciation très précise" (M. de Bellegou), en outre, ils redoutaient que ce cas d'ouverture ne soit invoquée à tout propos (M. Jozeau-Marigné rappelant que la force majeure avait été invoquée dans un procès "fort important")(477).

Selon M. Yvon Bourges, représentant le gouvernement à la séance du 21 juin, la force majeure n'est pas une notion de pur fait, mais constitue une qualification juridique sur laquelle la Cour de cassation exerce son contrôle ; n'est ainsi retenu comme cas de force majeure que l'événement extérieur à l'activité de l'homme et à condition au surplus que cet événement ait eu un caractère insurmontable et irrésistible, introduire cette notion dans la loi permettrait donc de parer à des situations nées du fait de période troublée ; par exemple, perte d'un enfant à la suite d'une exode, d'une inondation,... Ces arguments n'ont toutefois pas convaincu les sénateurs ; ceux-ci, faisant confiance au juge qui, dans une telle hypothèse, ne manquerait pas d'ordonner une enquête, afin

476 - Déb. Parl. Sénat 1er et 21 juin 1966 J.O. p. 682, 878 et s. Ass. Nat. 27 juin 1966 J.O. p. 2400 et s.
477 - affaire Novack.

de déterminer dans quelles conditions l'enfant a perdu le contact avec ses parents, ont finalement repoussé le texte gouvernemental.

La position du Sénat a été réaliste : introduire la notion de force majeure aurait eu pour résultat d'entretenir chez les parents l'espoir d'obtenir par ce biais la restitution de leur enfant, et de les inciter à intenter une action, même si les conditions requises étaient peu remplies ; or en cette matière, tout procès est néfaste, car il crée un conflit dont l'enfant est la première victime.

En dehors du dol, de la fraude et de l'erreur sur l'identité de l'enfant, la tierce-opposition est donc irrecevable ; le jugement a purgé tous les vices. L'on comprend que les magistrats ne prononcent une telle décision qu'après mûre réflexion, d'autant qu'ils ne peuvent oublier, qu'une fois le jugement rendu, l'enfant sera irrévocablement coupé de sa famille d'origine.

D - LES EFFETS DU JUGEMENT D'ABANDON

145. - Le jugement d'abandon constitue la première étape de la procédure conduisant à l'adoption plénière ; il remplace pour les enfants délaissés le consentement à l'adoption donné par les parents ou le conseil de famille, il permet l'immatriculation comme pupille de l'Etat, lorsque celle-ci ne peut avoir lieu ipso facto ; il emporte délégation de l'autorité parentale.

Mais en tout premier lieu, il a un effet "négatif", il coupe l'enfant de sa famille par le sang.

La question se pose alors de savoir si cet effet est irrévocable. Le doute n'est pas possible. Le juge-

ment d'abandon, une fois définitif, à l'autorité de la chose jugée et aucun retour en arrière n'a été prévu par le législateur (478) : L'article 350 ne prévoit aucune action en restitution ; l'article 377-2 ne vise que les cas prévus aux articles 377, de même que l'article 21 de la loi du 24 juillet 1889 ne visait que les cas prévus aux articles 17 et 19 de la même loi ; l'article 348-3 ouvre bien un recours en justice aux parents qui demandent la restitution de leur enfant, mais cette disposition recouvre une hypothèse très précise (479) et ne paraît pas pouvoir s'appliquer à une restitution de droits délégués par une décision judiciaire.

De la sorte, si le jugement d'abandon n'est jamais suivi d'un jugement d'adoption, l'enfant se trouvera coupé de sa famille d'origine sans être rattaché à une autre famille et ce, par la volonté de la loi et non par celle de ses parents qui, à la limite, ont pu s'opposer à l'abandon. Faute d'état-civil nouveau, il continuera à porter le nom d'une famille à laquelle aucun lien juridique ne le rattache. Cette situation paraît cruelle, mais il faut bien voir qu'elle se produira, en fait, rarement (480) en dehors de l'hypothèse de l'article 50 7° du Code de la famille (481), or l'immatriculation comme pupille de l'Etat

478 - En ce sens, note Boulbes, ss Paris 21 mars 1968 préc.; pour A.M. Fournié (ouvrage préc.) la jurisprudence en décidera peut-être autrement. (n° 219 p. 148).

479 - consentement à l'adoption donné par les parents ; demande de restitution en dehors du délai de trois mois ; enfant non placé en vue d'adoption.

480 - Cette procédure présente en effet peu d'intérêt pour un particulier ou une oeuvre privée qui ne poursuivent pas l'adoption de l'enfant. Ils recourront plutôt à une délégation de l'autorité parentale par application des articles 377 et suivants du Code civil (anciennement titre II de la loi du 24 juillet 1889).

481 - infra n° 146 - c)

a bien toujours cet effet.

1°) L'enfant déclaré abandonné devient adoptable (art. 347 al. 3)

146. - Il peut être placé en vue d'adoption, par application de l'article 351 alinéa 1er. Il ne peut plus être restitué à ses parents, sauf si l'adoption n'était jamais prononcée et qu'une tierce-opposition contre le jugement d'abandon soit intentée avec succès. Les effets du jugement d'abandon^{se} conjuguent ainsi avec ceux du placement.

a) Si le gardien est un particulier, le simple recueil se transformera en placement en vue d'adoption et six mois plus tard, une requête en adoption pourra être déposée.

b) Si le gardien est une oeuvre privée habilitée (482), celle-ci pourra placer l'enfant en vue d'adoption, dès que le jugement sera définitif. Dans l'hypothèse où ce placement serait rétroactivement résolu (adoption non réalisée), l'enfant ne serait pas rendu à ses parents, mais remis à l'oeuvre, à qui il incomberait d'envisager un autre placement.

c) Si l'enfant est recueilli par l'Aide sociale, son immatriculation comme pupille de l'Etat est opérée de plein droit, en vertu de l'article 50, 7°. Il jouira de la même protection et des mêmes avantages que les autres pupilles, mais il sera soumis à un régime juridique différent. Sa condition de pupille est irréversible

482 - il est défendu à l'oeuvre non habilitée de servir d'intermédiaire et de faire des placements en vue d'adoption, par application des art. 100-1 et 100-2 du Code de la famille.

et ne peut prendre fin que par un placement suivi d'adoption ; contrairement aux autres pupilles de l'Etat, les parents de l'enfant immatriculé à la suite d'un jugement d'abandon ne peuvent, en aucun cas, obtenir qu'il leur soit rendu (483).

En effet, l'article 377-2 du Code civil (anciennement art. 21 de la loi du 24 juillet 1889), qui reconnaît formellement aux parents le droit de demander la restitution de l'autorité parentale, lorsqu'il y a eu délégation judiciaire ne trouve pas son application ici ; il en est de même des articles 55 et 64 du Code de la famille leur accordant un droit de rétractation pendant trois mois et ensuite la possibilité de demander une remise (définitive ou à l'essai), après avis du conseil de famille des pupilles (484).

La déclaration d'abandon de l'article 350 est exclusive de tout droit de repentir, une fois le jugement devenu définitif, elle a l'autorité de la chose jugée et sa portée est à peu près absolue, puisque seule une tierce-opposition pour dol, fraude ou erreur sur l'identité de l'enfant est possible (485).

Certes, la restitution de l'autorité parentale n'est pas souvent accordée, surtout lorsqu'il y a eu délégation forcée ; il est bien rare également que l'administration donne une suite favorable aux quelques demandes de remise dont elle est saisie chaque année ; cependant ces procédures existent et les travailleurs sociaux y sont attachés. Ils y voient une garantie essentielle

483 - note R.B. sous Paris 21 mars 1968, préc.

484 - outre la possibilité de saisir le T.G.I. en cas de refus du tuteur, art. 64 du Code de la famille in fine.

485 - supra n° 142 et s.

tant pour les parents que pour le service public ; la possibilité d'un retour en arrière, en cas d'erreur d'appréciation, accroît la liberté d'esprit des responsables.

Dans cette optique, le jugement d'abandon n'apparaît pas comme une voie normale pour immatriculer n'importe quel enfant, mais comme un préalable à l'adoption et l'Aide sociale ne devrait présenter au tribunal que les dossiers des enfants pour lesquels une adoption peut être envisagée. La position défendue par l'Aide sociale à l'Enfance en novembre 1967 devant le tribunal de grande instance de Paris et en mars 1968 devant la Cour de Paris était une position de principe (486) ; il n'apparaît pas que les services, au moins ceux de l'Aide sociale de Paris, recourent d'une façon exorbitante à la procédure de déclaration d'abandon (487).

2°) Le tribunal délègue par le même jugement les droits de l'autorité parentale.

147. - La déclaration d'abandon entraînant pour les parents la perte de tous les droits de l'autorité parentale, il convient d'assurer immédiatement la garde et la surveillance de l'enfant. Le jugement comporte, s'il y a lieu (488), délégation des droits enlevés aux parents soit

486 - supra, champ d'application du jugement d'abandon n° 111 et s.

487 - Il convient de rappeler que l'Aide sociale peut immatriculer, en vertu de l'art. 76 a du Code de la famille, l'enfant pour lequel elle a reçu délégation des droits de l'autorité parentale.

488 - cette délégation a déjà pu être opérée par application des art. 377 et s. du C.C. (anciennement art. 17 et 20 de la loi du 24 juillet 1889).

à l'Aide sociale, soit à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant. Toutefois, le tribunal garde une entière liberté d'appréciation et pourrait, par exemple, déléguer les droits à l'Aide sociale et non au gardien, s'il estimait qu'une surveillance s'impose dans l'intérêt de l'enfant.

La délégation prendra fin normalement à la date du jugement d'adoption (avec effet rétroactif, puisque les effets du jugement d'adoption remontent au jour de la requête), et si l'adoption n'était jamais prononcée, à la majorité de l'enfant.

a) Le délégataire est un particulier. Aucune surveillance administrative n'est prévue par la loi (489), le gardien exerce les droits de l'autorité parentale comme s'il s'agissait de son propre enfant.

Dans l'hypothèse où il désirerait être déchargé de l'enfant, il semble que la seule solution serait de demander son admission à l'Aide sociale. S'il élève l'enfant jusqu'à sa majorité, mais sans l'adopter, aucune possibilité de remboursement des frais d'entretien n'est prévue (490).

b) Le délégataire est une oeuvre habilitée. Celle-ci détiendra les droits de l'autorité parentale sur le mineur jusqu'au jugement d'adoption. Si l'enfant est placé en vue d'adoption, la famille d'accueil sera soumise à la surveillance de l'oeuvre par application de l'article 9 du décret du 12 janvier 1970, et celle-ci devra prévenir le préfet de tous faits de nature à compromettre

489 - Si le gardien avait reçu l'enfant d'une oeuvre, la surveillance de celle-ci cesserait (art. 9 du décret du 12 janv. 1970).

490 - arr. 16 juin 1961 (J.O. 4 juill.) mod. par arr. 21 nov. 1966, (J.O. 7 déc.).

la réalisation de l'adoption ou à rendre impossible la surveillance qui lui incombe.

Les oeuvres d'adoption habilitées perçoivent de l'Aide sociale un prix de journée pour les enfants dont elles ont la charge (491). Cette prise en charge n'est pas prévue pour les oeuvres non habilitées, leur intérêt est donc de solliciter plutôt une délégation d'autorité parentale du droit commun (492), d'autant qu'il leur est interdit de servir d'intermédiaire en vue d'adoption, et qu'ainsi la délégation obtenue à leur profit ne pourrait déboucher sur un placement.

c) Le délégataire est l'Aide sociale. Celle-ci doit immatriculer le mineur au nombre des pupilles de l'Etat immédiatement, par application de l'article 50-7° du Code de la famille.

3°) La délégation de l'article 350 ne comporte pas le droit de consentir à l'adoption.

148. - En effet par application de l'article 377-3 du Code civil, qui reprend la règle introduite par la loi du 11 juillet 1966 dans la loi du 24 juillet 1889 (art. 17 al. 4 et art. 20 al. 1), le droit de consentir à l'adoption d'un mineur ne peut être délégué. Cette disposition a une portée générale et trouve son application ici. Les parents ayant perdu ce droit, il appartient au conseil de famille du droit commun ou des pupilles de l'Etat (suivant le cas) de consentir, après avis de la per-

491 - Cf. note 480.

492 - qui leur permet, sous certaines conditions, de recevoir un prix de journée (arr. du 21 nov. 1966).

sonne qui prend soin de l'enfant (493).

Cette disposition restrictive se comprend lorsqu'il s'agit d'une délégation volontaire de l'autorité parentale ; les parents peuvent en effet consentir à céder leurs droits ou une partie de leurs droits au gardien de l'enfant, mais en n'ayant nullement l'intention de se séparer définitivement de lui (494). Mais cette restriction se justifie moins, lorsque le tribunal a déclaré l'enfant abandonné en vue de permettre son adoption, puisque le placement fait échec à toute restitution de l'enfant.

Ainsi en insérant cette disposition dans la loi de 1889, puis dans le Code civil en 1970, le législateur semble avoir voulu pallier aux difficultés soulevées dans les délégations volontaires ou imposées de l'autorité parentale, plutôt que légiférer dans le cadre précis de l'article 350. On ne peut que constater le manque d'harmonie des textes entre eux.

Cependant, on doit, peut-être, y voir le souci d'empêcher la famille de recueil, gardienne de l'enfant (495) et attributive des droits de l'autorité parentale, de consentir à une adoption qu'elle poursuit elle-même.

4°) Le jugement d'abandon, étape préliminaire de l'adoption

149. - Dans le cas où le jugement d'abandon a

493 - supra n° 49 et s., n° 98.

494 - Cf. supra jurisprudence sur l'abandon n° 107 et s.; J. Stoufflet, rev. trim. 1969 p.633 op. cit. et spéc. n° 11 ; Granier note J.C.P. 1953.II.7758 ; Savatier note D. 1955.J.638 ; Raynaud note J.C.P. 1962.II.12621.

495 - en cas de recueil direct ou au cas de recueil antérieur à la demande d'abandon.

pour but de traduire juridiquement une situation de fait, le simple recueil se transforme en placement en vue d'adoption, à la date du jugement. Les effets irréversibles du placement en vue d'adoption vont se réaliser et aucune réclamation ultérieure des parents ne sera admise.

Certains (496) ont pu se demander, dans le cas où l'enfant a été recueilli en fait depuis plus de six mois (497), si le tribunal, après avoir constaté l'abandon, pourrait dans un même jugement prononcer l'adoption.

Certes, le texte n'interdit pas de décider en même temps sur la constatation de l'abandon et sur l'adoption (498), mais l'intention du législateur a été d'aménager, entre les deux procédures, un délai permettant d'apprécier l'opportunité de l'adoption envisagée, l'enfant ayant alors vraiment la possession d'état d'enfant adoptable.

Le décret d'application du 2 décembre 1966 prévoit deux procédures distinctes. Dans la première, le tribunal examinera la situation de l'enfant par rapport à ses parents ; admettre a priori et dans le même temps la requête de la famille de recueil, reviendrait en quelque sorte à préjuger d'une façon favorable de l'abandon, ce qui serait choquant.

496 - de la Marnière op. cit. J.C.P. 1966 I 2028 n° 6 & 13.

497 - la condition posée par l'article 345 du Code civil étant remplie, Cf infra n° 157.

498 - voir Raynaud, Bull. législatif Dalloz op. cit. p. 62 n° 20 & D.1967 chr. p. 77.

Dans la deuxième, le tribunal, au contraire, examinera l'insertion de l'enfant dans la famille de recueil, et s'il apparaissait que celle-ci se fait mal, il pourrait toujours refuser de prononcer l'adoption.

Il apparaît ainsi que le jugement d'abandon a une utilité propre. Judicieusement employé, il pourrait permettre à certains enfants de bénéficier d'un accueil familial, lorsque leur âge le permet encore ; mais surtout, il devrait à l'avenir éviter les conflits entre les droits opposés de deux familles.

Si la loi du 11 juillet 1966 avait été en vigueur au moment où Thierry avait été confié à la famille B... (499) et si elle avait été correctement appliquée (500), cette malheureuse querelle aurait beaucoup plus vite trouvé sa solution. Ou bien les parents auraient consenti à l'adoption en la forme authentique, et après trois mois, leur consentement serait devenu irrévocable : le placement de l'enfant par l'oeuvre d'adoption aurait fait sentir ses pleins et entiers effets et toute réclamation de la part des parents d'origine aurait été déclarée irrecevable (voir l'ordre chronologique des faits au n° 126). Ou bien, les circonstances de fait étant peu caractérisées, le placement aurait été soumis à une déclaration judiciaire d'abandon. Si l'abandon n'avait pas été prononcé, l'enfant serait revenu chez ses père et mère ; en revanche, si l'abandon avait été constaté, la famille de recueil aurait été à l'abri de toute réclamation ultérieure.

499 - affaire Laborderie supra n° 126.

500 - Si les exigences imposées pour la délégation conjointe de puissance paternelle avaient été respectées en mai 1960, cette affaire aurait été plus rapidement réglée, cette observation est valable quelque soit la procédure employée.

Le processus imaginé par le législateur donne ainsi des garanties sérieuses aussi bien à la famille par le sang qu'à la famille de recueil. Il appartient aux oeuvres, comme à l'Aide sociale, d'en provoquer son déroulement chaque fois que la situation d'un enfant permettra de douter des intentions réelles des parents ; jamais les responsables ne seront assez prudents.

Cependant l'efficacité de la loi a des limites ; elle ne supprime aucunement les risques de conflit lorsque l'enfant a été recueilli sans intention d'adopter, donc sans formalités à l'origine (ou avec les formalités des articles 377 et 377-1 du Code civil). Les journalistes ont alors beau jeu de parler des droits d'une famille adoptive face à ceux d'une famille par le sang, "d'une nouvelle affaire Novack" (501). En réalité, il ne s'agit le plus souvent que des droits d'une famille "gardienne" d'un enfant. Dans cette hypothèse, le conflit d'ordre affectif et humain est crucial, mais évidemment, les droits en jeu ne bénéficient pas de la même protection. Une famille nourricière ne doit pas se méprendre sur l'étendue de ses droits. Les situations de fait sont en dehors du champ d'application de la loi.

150. - Ainsi trois procédés ont été imaginés par le législateur pour rendre un enfant juridiquement adoptable : consentement des parents ou du conseil de famille ; décision de la puissance publique : administrative, immatriculation comme pupille de l'Etat, ou judiciaire, jugement déclaratif d'abandon.

501 - voir les campagnes de presse et radiophoniques autour de "Valérie" février et mars 1970.

Le premier est entièrement nouveau ; il bouscule les règles impératives concernant le droit de la filiation et le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale (réaffirmé récemment, loi du 4 juin 1970, art. 376 du C.C.) ; il trouve sa justification dans l'intérêt de l'enfant et la prise en considération de ses besoins propres.

Le second est lié au rôle social de l'Etat dans les sociétés modernes ; il a été seulement adapté aux besoins nouveaux de l'institution. Il associe la qualité de pupille à celle d'enfant adoptable, il met à la charge de l'Aide sociale à l'Enfance une obligation : celle de placer en vue d'adoption tout pupille "dont l'âge et l'état de santé le permettent" (art. 65 du Code de la famille). En contre partie de la portée nouvelle donnée à l'immatriculation, une partie de la liberté dont jouissait le service public a été supprimée ; la loi énumère avec précision les enfants susceptibles d'être immatriculés de facto et elle soumet l'immatriculation des autres à une décision du tribunal. Ce contrôle judiciaire dans la marche d'un service public est un aspect tout à fait original de la loi du 11 juillet 1966.

Le troisième procédé s'inscrit dans la ligne législative actuelle qui confie à l'autorité judiciaire la protection des mineurs et le contrôle de l'autorité parentale ; il apparait comme l'apport le plus constructif de la réforme. Conçu pour éviter le chevauchement des droits concurrents sur le même enfant, il devrait supprimer ou au moins réduire considérablement le nombre des procès dont l'enfant est la première victime ; correctement employé, il devrait permettre de procurer à de nombreux mineurs délaissés par leur famille les bienfaits de

l'adoption ; il est permis d'en espérer une solution au problème social de l'abandon différé.

Mais rendre un enfant "juridiquement adoptable", c'est à dire libre de toutes attaches avec sa famille par le sang, constitue seulement la première étape des préliminaires d'une adoption. Des conditions plus personnelles sont nécessaires pour fonder, avec le maximum de chances de réussite, "une famille adoptive". L'étude de ces conditions fera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

LES CONDITIONS DE SON ADOPTION

151. - Les conditions supplémentaires édictées par le législateur dans l'article 345 du Code civil et celles contenues dans les textes d'application (1) sont dominées par l'intérêt de l'enfant. Elles peuvent se résumer en quelques points : ne pas écarter de l'adoption un enfant sous prétexte qu'il est trop âgé pour en bénéficier, mais tenir compte essentiellement de la date du recueil ; exiger un délai d'épreuve suffisant pour qu'adoptant et adopté se soient acceptés ; demander le consentement du

1 - décrets n° 67-44 et 67-45 du 12 janv. 1967 (J.O. du 13 janv. 1967), arrêté du 25 janv. 1967 (J.O. 1er fév. 1967) et circulaire du 7 fév. 1967 (J.O. 5 mars 1967).

mineur, lorsque son âge lui permet une prise de conscience suffisante de l'irréversibilité de la situation ; entourer le recueil de garanties médicales et psychologiques et s'assurer que l'adoption est la solution adaptée au cas de l'enfant. Il faut ajouter une condition en quelque sorte négative : l'interdiction d'être adopté par plusieurs personnes, à moins qu'il ne s'agisse de deux époux.

§ 1 - LA PROHIBITION DES ADOPTIONS MULTIPLES

152. - L'article 346 du Code civil défend expressément l'adoption par plusieurs personnes à moins qu'il ne s'agisse de deux époux.

La loi veut éviter les conflits de filiation adoptive ; il n'est pas possible d'admettre que deux personnes étrangères l'une à l'autre puissent devenir les parents d'un enfant. En revanche, il est souhaitable et permis qu'une adoption soit réalisée par un couple, qu'elle le soit conjointement ou successivement. Dans cette hypothèse, la notion de famille adoptive prend tout son sens.

Cependant, et afin de mettre fin à certaines controverses (2), l'ordonnance du 23 décembre 1958 avait expressément admis les adoptions successives d'une même personne, après le décès du ou des premiers adoptants. Cette disposition figure également dans l'article 346 nouveau.

2 - Trib. Civ. Seine 8 nov. 1951 (J.C.P. 1951.II.6611 note Rouast, rev. trim. 1952, p. 45 obs. Lagarde), infirmé par Paris 15 mars 1952 (J.C.P. 1952.II.6917, Gaz.Pal. 1952.I. 332, D.1952.J.348, rev. trim. 1952, p. 360 refusant de voir dans l'art. 346 (ancien) une disposition générale interdisant une nouvelle adoption après le décès de l'adoptant.

§ 2 - L'AGE

153. - Le législateur exige un âge minimum pour le recueil ; il impose un âge limite après lequel l'adoption ne pourra plus être prononcée.

a) Age minimum du recueil

Le désir des adoptants est de recueillir sinon un nouveau-né, du moins un très jeune enfant. Les demandes faites aux oeuvres d'adoption et à l'Aide sociale à l'Enfance concernent généralement des enfants de six mois à deux ans. Ce n'est que devant l'absence presque totale de ces catégories que les adoptants acceptent des enfants plus âgés (3).

Ce désir s'explique aisément par le but essentiellement affectif et éducatif de l'adoption plénière, qui ne peut être rempli que si l'enfant est jeune et malléable ; moins il a de souvenirs, mieux il s'intégrera à sa nouvelle famille, et plus l'adoption a de chances d'être "réussie".

Pour y parvenir, certains adoptants n'hésitaient pas à prendre en charge un bébé abandonné, directement à la maternité, grâce à l'entremise d'un médecin,

3 - d'où probablement, l'évolution citée par M.P. Marmier - (thèse préc. p. 227) "environ 10 % de dossiers de légitimation adoptive et d'adoption en instance dans le service d'Aide sociale à l'Enfance de la Seine, font mention d'une acceptation d'un enfant jusqu'à 4 ans, et tout à fait exceptionnellement jusqu'à 5 ans".

d'une infirmière (4). Afin de lutter contre cette pratique qui présentait des risques graves, quant à la liberté du consentement de la mère (5) et à l'absence de tout examen médical convaincant, étant donné le très jeune âge de l'enfant, un décret du 10 mai 1963 devait interdire le placement avant trois mois (6).

La majorité des médecins estime que l'âge optimum du recueil se situe entre trois et neuf mois (7).

Leur position est influencée par la nécessité de résoudre deux problèmes :

- Déceler par des examens approfondis les troubles physiologiques graves (enfants encéphalopathes, enfants fortement handicapés...) interdisant formellement une adoption.

- Concilier la nécessité d'assurer le plus rapidement possible au nourrisson un milieu favorable à

4 - 10 % des recueils se faisaient ainsi (M.P. Marmier op. cit. p. 121).

Toutefois existerait, à côté de cette entremise faite en toute honnêteté une pratique beaucoup plus condamnable, qui conduirait à un véritable marché noir des bébés. Le médecin, la clinique acceptant d'un couple, une somme variant entre 10.000 et 20.000 Fr pour "effacer" les traces de l'accouchement de la véritable mère et déclarer l'enfant comme né de la mère qui le recueille. Cette pratique existerait couramment en Amérique "10 à 15.000 bébés sont vendus annuellement de 100.000 A.F. à 3 millions A.F." (France Observateur avril 1962. article paru sous la plume de Michel Friedman et Claudine Thomas); les journaux du 26 oct. 1969 (voir La Montagne Dimanche) ont fait état d'un trafic d'enfants découvert au Maroc ; les bébés dont les mères ne voulaient pas étaient vendus au prix de 300 dirhams soit environ 300 Frs.

5 - Physionomie de l'adoption par M. Brunet, secrétaire général de l'A.F.N.F.A. Ecole des parents n° 4 février 1962-63 p. 19.

6 - (J.O. 10 mai 1963) abrogé par la loi du 11 juill. 1966 et remplacé par le décret n° 67-45 du 12 janv. 1967.

7 - Cours sur l'adoption 21 sept.-4 oct. 1964, Centre international de l'enfance. "Sélection des enfants, Problèmes médico-psychologiques" par le docteur Meyer et Mme le Dr Anne Wolf.

son développement, en se rappelant que dès sa naissance, il a un besoin vital d'une relation affective avec une femme, toujours la même (8).

Pour M. le Professeur Launay, six mois est un maximum, après cet âge, l'enfant risque de rester perturbé par la vie antérieurement menée (changements de nourrice, vie en pouponnière...) (9). Selon les témoignages d'une oeuvre d'adoption, "les enfants, qui ont passé plus d'un an dans une crèche ou chez une nourrice, sont tous retardés et les certificats médicaux sont tels qu'ils ne peuvent être donnés en adoption".

Les oeuvres d'adoption confient généralement l'enfant vers trois ou quatre mois, l'Aide sociale à l'Enfance, plus tard, vers un an.

L'âge minimum légal du recueil découle indirectement dans la loi de 1966 de l'obligation de ne pas placer les enfants avant l'expiration du délai de rétractation de trois mois, combiné avec l'interdiction du recueil direct pour les enfants de moins de deux ans (10). Rien n'a donc été changé sur ce point, malgré certaines propositions parlementaires, qui estimaient que ce délai était insuffisant pour permettre à la mère de se ressaisir (11). Le minimum d'âge pour le placement reste donc de trois mois.

8 - Pour le Professeur Joannon "le maternage est l'ensemble des situations et des processus par lesquels la mère favorise ou permet, dès après la naissance, le développement normal de son enfant" in "Maternage et nursing" la presse médicale 19 nov. 1960, n° 53 p. 2058 - voir aussi Bowly op. cit.-N. Quemada op. cit. - J.Aubry op. cit.

9 - Dr Launay op. cit. éd. 1951 p. 106.

10 - art. 348-3, 348-5 et 351 du C.C.

11 - infra, sous rubrique délai de rétractation. n° 230

b) Age limite - Importance de la date du
recueil

154. - La loi du 11 juillet 1966 a repoussé de sept ans à quinze ans, l'âge limite pour prononcer une adoption plénière (12) ; compte tenu du recueil obligatoire de six mois, tout enfant recueilli à l'âge de quinze ans moins six mois, dernier délai, pourra ainsi bénéficier de l'institution.

Le législateur a voulu, par cette disposition, trouver un remède à l'abandon différé. Toutefois, il est permis de se demander si cette mesure aura l'effet escompté ; d'une part, parce que les parents adoptifs acceptent avec difficultés de recueillir un enfant âgé de plus de trois à quatre ans (13), d'autre part, parce qu'il est reconnu qu'au delà d'un certain âge, l'insertion familiale est très incertaine (14) et que l'adoption risque de se solder par un échec, qui serait dramatique pour l'enfant et risquerait d'en faire définitivement un inadapté (15). Pour les enfants plus âgés, d'autres solutions doivent être envisagées : village d'enfant (16), internat spécialisé, placement familial...

12 - art. 345 nouveau - Le décret-loi du 29 juill. 1939 autorisait la légitimation adoptive jusqu'à 5 ans. L'ordonnance du 23 déc. 1958 jusqu'à 7 ans.

13 - Les Associations des parents adoptifs reconnaissent elles mêmes qu'il y a un problème et qu'il leur appartient de convaincre les foyers qui veulent adopter qu'il n'est pas conforme à leur vocation de ne vouloir recueillir qu'un nouveau-né ou un très jeune enfant.

14 - surtout si l'enfant a vécu une vie cahotée ou une vie d'abandons successifs. Le Cycle d'Etude européen de Leysin sur l'adoption a insisté sur les dangers que peut comporter, surtout lorsqu'elle est réalisée entre étrangers, l'adoption d'un enfant de plus de 7 ans (rapport p. 40).

15 - Sauv. de l'Enfance 1955 mai/juin p. 426 "Problèmes sociaux et affectifs posés par l'abandon d'un enfant" par Pr Lelong, Docteurs Soule & Weyl.

16 - en France par exp. "le mouvement pour les villages d'enfants", siège social 67, rue Anatole France à Levallois-Perret. fondé le 10 juillet 1958.

Il en est différemment lorsque l'adoption a pour but de traduire juridiquement une greffe affective déjà réalisée ; le législateur l'a bien compris et a aménagé dans l'alinéa 2 de l'article 345 des dispositions particulières, qui tiennent compte essentiellement de la date du recueil et permettent alors de demander l'adoption plénière pendant toute la minorité de l'enfant. Deux cas sont prévus : l'adoption plénière n'avait pu être réalisée parce que les parents adoptifs ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ; l'enfant avait fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir quinze ans(17).

Le projet de loi ne prévoyait pas cette extension, c'est à la requête du Sénat (18) qu'elle a été introduite, et d'une façon plus large que dans l'ancien article 368 al. 4 et al. 5 (loi du 1er mars 1963)(19).

17 - telle est bien l'interprétation donnée par la Cour de Paris, 1ère Ch. Suppl. 11 oct. 1968 infirmant la décision rendue par le T.G.I. Seine le 27 oct. 1967 qui avait rejeté la demande des époux Courboules, au motif qu'ils ne remplissaient pas les deux conditions exigées pour bénéficier de l'art. 345 du C.C. soit recueil et adoption simple de l'enfant avant qu'il n'ait atteint l'âge de 15 ans.

D. 1968 - J. 660, Gaz. Pal. 1968.2., J.C.P. 1969.II. 15711 note Rajon, Rev. trim. 1969 p. 323 obs. Nerson, Journal Not. 1969.465 par Michel Morin.

18 - Rapport Jozeau-Marigné Doc. Sénat 1965-66 n° 134 p. 32.

19 - la limite d'âge était reculée "d'autant de temps qu'il s'en est écoulé entre le moment où l'enfant a été confié à ces époux ou recueilli par eux et celui où ces conditions ont été remplies". La jurisprudence appliquait largement cette possibilité, lorsque les époux ne remplissaient pas les conditions d'âge requises au moment du recueil, Trib. Civ. Poitiers 9 fév. 1953 J.C.P. 1954.II. 7999 note Pageaud - Trib. Civ. Villefranche s/ Saône 5 avril 1957. J.C.P. II.10230 et note Vismard.

Ainsi dans les deux hypothèses envisagées, l'adoption plénière peut être demandée jusqu'à la majorité de l'enfant (20).

Compte tenu de ces dispositions exceptionnelles le report à 14 ans 1/2 (21), de la limite d'âge du recueil en vue d'adoption plénière, ne semble pas devoir être approuvé (22).

§ 3 - LE DELAI DE RECUEIL DE SIX MOIS

155. - L'article 345 dispose "l'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants... accueillis au foyer du ou des adoptants, depuis au moins six mois".

Il ne faut pas confondre ce délai avec le placement en vue d'adoption de l'article 351, qui est une nouveauté très remarquable de la loi. Leur superposition dans le temps se présentera souvent, mais leurs effets et leurs buts sont différents.

a) Son utilité

Cette disposition n'est pas nouvelle, elle était déjà contenue dans la loi du 1er mars 1963 (23).

20 - La Cour de Paris 1ère Ch. Suppl. 11 oct. 1968^(préc) a même admis que la transformation pouvait bénéficier à un adulte, si la requête était faite sous couvert de la période transitoire, c'est à dire avant le 1er nov. 1968.

21 - au moment de la crise de l'adolescence.

22 - Selon F. Raynaud, (la réforme de l'adoption D. chr. p. 77 n° 34) l'adoption plénière de l'enfant de plus de 15 ans, n'est pas une légitimation véritable. Elle répond aux désirs des adoptants, mais non à l'intérêt de l'adopté. Elle ne doit être qu'exceptionnelle.

23 - L'article 343 avait introduit ce délai à la suite d'un amendement du Garde des Sceaux, accepté par les Parlementaires, qui y voyaient surtout un délai de sécurité, garantissant la famille par le sang contre une adoption précipitée. (J.O. débats Ass. Nat. 1963 p. 2082 et s.).

Le texte initial présenté par le Gouvernement prévoyait un délai d'un an ; sur amendement de M. Pleven le Parlement l'a ramené à six mois en première lecture (24).

Ce délai n'a pas pour but de remettre, en quelque sorte, l'enfant "à l'essai" comme s'il s'agissait d'un bien patrimonial et de le rendre s'il ne convient pas. Il s'agit plutôt d'un délai de sécurité, ayant pour but d'éviter une précipitation regrettable. Sauf, bien sûr, s'il s'agit d'un nouveau-né, il est nécessaire que parents de recueil et enfants s'acceptent tels qu'ils sont ; que les sentiments s'approfondissent ; que ce soit en connaissance de cause, et non dans l'euphorie de l'arrivée d'un enfant à leur foyer, que les parents adoptifs introduisent leur requête.

Un certain laps de temps a été toujours exigé par l'Aide sociale à l'Enfance entre la remise de l'enfant et le consentement définitif du conseil de famille, ceci afin de lui permettre de s'assurer de l'aptitude des candidats adoptants à élever un enfant et de l'épanouissement de celui-ci dans le foyer adoptif. Dans ce but, une assistante sociale doit visiter la famille.

Les juges des enfants souhaiteraient que des éducatrices spécialisées suivent les adoptants pendant le temps du recueil.

Dans certains pays étrangers existe une période probatoire, pendant laquelle des assistantes sociales spécialisées visitent régulièrement la famille,

donnent des conseils, "supervisent" en quelque sorte (25). Il ne semble pas que ce système serait très bien accentué en France, pays individualiste. Dès que les adoptants ont l'enfant chez eux, ils veulent s'en sentir entièrement responsables ; il semble du reste, que ce sentiment soit essentiel pour réussir l'insertion de l'enfant dans la famille.

Les oeuvres privées d'adoption assurent que, dès avant le décret du 10 mai 1963 (26), elles avaient toujours eu des contacts étroits avec les adoptants jusqu'à la réalisation de l'adoption et même après, les parents adoptifs gardant volontiers des relations amicales avec la direction de l'oeuvre (27).

L'article 9 du décret du 12 janvier 1967(28) met à la charge de la personne ou de l'association autorisée des obligations précises. Elle doit s'assurer des conditions de vie de l'enfant et fournir un rapport semes-

25 - En Grande-Bretagne, aux Etats-Unis, la "probation period" est en général de trois mois ; mais elle est plus longue, si l'enfant est âgé de plus de 5 ans. (Dr Launay et Dr Soulé, op. cit. éd. 1961, p. 112 et s.). Au Canada, le délai d'épreuve de deux ans peut être réduit à un an, si l'enquête sur les adoptants est favorable (S.P.E. mai 1961 p. 51). En Hollande, le délai est de trois ans. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants édicte dans son article 17 "L'adoption ne peut être prononcée que si l'enfant a été confié aux soins des adoptants pendant une période suffisamment longue pour que l'autorité compétente puisse raisonnablement apprécier les relations qui s'établiraient entre eux, si l'adoption était prononcée".

26 - l'art 8 al. 1 confiait à des représentants qualifiés de la personne ou de l'association autorisée une enquête sur les conditions matérielles et morales de l'accueil.

27 - A l'occasion de fêtes, de kermesses, de visites...

28 - reprenant à peu près les dispositions du décret du 10 mai 1963 (décret n° 67-45 J.O. du 13 janv. 1967).

triel, en double exemplaire, au préfet de son domicile ou de son siège social. Elle est tenue en outre d'informer le préfet de tout changement de résidence des futurs parents adoptifs et de l'enfant, ou de tout fait de nature à compromettre la réalisation de l'adoption ou à rendre impossible la surveillance qui lui incombe (29). Elle doit informer les autorités administratives du prononcé de l'adoption.

La multiplicité de ces opérations administratives risque de compliquer la marche des oeuvres d'adoption et de grever lourdement leur budget. A partir du moment où leur création et leur fonctionnement sont soumis à des règles strictement contrôlées, où seules les oeuvres d'adoption sérieuses ont été autorisées, vingt pour toute la France (30) , il est permis de se demander si celles-ci n'étaient pas en droit d'espérer un peu plus de confiance de la part du Ministre des affaires sociales.

b) Son point de départ

156. - La loi de 1966 ne donne aucune directive spéciale, le point de départ du recueil résulte indirectement des textes d'application.

Lorsque l'enfant est confié par l'Aide sociale, la date de remise est celle de la prise en charge par la famille (31) ; s'il s'agit d'un enfant que la

29 - Cette surveillance cesse, dans le cas où les futurs adoptants sont investis de l'autorité parentale.

30 - en annexe liste des 19 oeuvres d'adoption autorisées, (J.O. du 5 mars 1967, annexe à la circulaire du 7 févr. 1967) ; une vingtième oeuvre dite "oeuvre des Tout-Petits" a été autorisée par arrêté du préfet de la Gironde du 29 déc. 1969, pris après avis du conseil départemental de protection de l'enfance.

31 - il fut une époque où certains services d'A.S.E. faisaient signer aux candidats adoptants un contrat de placement spécial, ayant pour but de régler les droits et les devoirs respectifs des parties jusqu'à la réalisation de l'adoption.

nourrice, rémunérée par l'Aide sociale, veut adopter, la date de recueil correspondra à celle de la cessation des versements de salaires.

Lorsque l'intermédiaire est une oeuvre autorisée, le préfet du siège social de l'oeuvre devant être avisé dans les 48 heures (32), la date du recueil a une existence officielle.

En revanche, lorsqu'il s'agit de recueil direct, il n'existe le plus souvent aucun document pouvant servir de preuve certaine.

L'article 19 de la loi du 24 juillet 1889 exigeait des particuliers ayant recueilli des enfants mineurs de 16 ans, sans l'intervention des père et mère ou du tuteur, une déclaration dans les trois jours au maire de la commune sur laquelle l'enfant a été recueilli, et à Paris, au commissaire de police, à peine d'une amende de 18 à 54 Fr (33). Si elle est faite en temps utile, elle ~~pouvait~~ servir de preuve de la date du recueil. Mais combien ont été faites et combien de poursuites ont été exercées ?

Lorsque le recueil résulte des circonstances de fait, l'enfant ayant été confié par ses parents à un voisin, un parent ou un tiers rémunéré, il est peu probable qu'une telle déclaration soit faite. L'appréciation du juge du fond sur la date réelle sera souveraine.

32 - art. 8 du décret d'application du 12 janvier 1967.
33 - l'art. 377-1 de la loi sur l'autorité parentale demande une déclaration à l'autorité administrative dans la huitaine, sans qu'il soit précisé de quelle autorité administrative il s'agit.

c) Son mode de calcul

157. - Le délai de six mois s'entend-il du jour du jugement ou du jour du dépôt de la requête ? (34)

Le Sénat avait demandé qu'il soit calculé en tenant compte de la date du jugement prononçant l'adoption (35). En pratique, cela revenait à permettre aux adoptants de déposer leur requête, dès le recueil de l'enfant, six mois représentant le laps de temps nécessité par la procédure. L'Assemblée Nationale n'a pas accepté cette proposition, à juste titre (36), car elle aurait eu pour résultat de provoquer des requêtes prématurées ; d'autre part, elle n'aurait pas permis aux magistrats chargés de l'instruction de l'affaire d'avoir les éléments nécessaires pour juger de l'insertion de l'enfant dans la famille adoptive (37).

Ainsi les candidats adoptants devront justifier d'un recueil de six mois, lors du dépôt de la requête en vue d'adoption.

d) Ses limites

158. - Si l'on ne peut qu'approuver l'institution

34 - Déjà la question s'était posée en 1963, le Ministre de la Justice voulait alors que ce délai soit d'un an, mais ne s'opposait pas à ce qu'il soit calculé du jour du jugement, (J.O. débats A.N. 1963 p. 2082) et admettait même que l'adoptant en soit dispensé, s'il justifiait d'un motif légitime.

35 - Le Doyen Savatier fait remarquer que 6 mois représentent un délai inférieur à celui de la grossesse. "Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Première série. Panorama des mutations. Paris 1964 Ch.VII p. 242.

36 - Débats Ass. Nat. J.O. 15 juin 1966 p. 2024.

37 - à noter qu'elle aurait été inapplicable aux pupilles de l'Etat, le conseil de famille ne donnant son consentement définitif, qu'après avoir pris connaissance des conditions de l'insertion de l'enfant dans la famille de recueil, six mois est un minimum.

de la période "probatoire" de six mois, il faut en revanche constater que le législateur ne lui a pas fixé de limite maximum ; elle dépend uniquement de la famille d'accueil. Si dans la majorité des cas, celle-ci est très pressée de voir mettre un point final à une période d'attente anxieuse, il peut arriver aussi qu'elle recule devant cet engagement irrévocable et remette sans cesse à plus tard, le dépôt de la requête.

Ne peut-on craindre alors que l'enfant ne soit un jour ou l'autre rejeté et d'autant plus perturbé que le temps du recueil aurait été plus long ?

C'est le rôle des services sociaux de savoir dépister à temps de telles familles, de les aider à surmonter leurs difficultés et à la limite, de leur retirer l'enfant, s'il paraît certain qu'elles se refusent à prendre un engagement définitif.

§ 4 - LE CONSENTEMENT DE L'ENFANT DE PLUS DE 15 ANS

159. - L'article 347 al. 2 du Code civil (38) exigeait que le mineur de plus de 15 ans consente personnellement à son adoption (simple). L'adoption plénière ayant des effets encore plus complets et définitifs, le législateur a jugé indispensable d'avoir l'accord du principal intéressé, dès l'âge de 15 ans, ce qui paraît être un minimum (39).

Il est permis de se demander s'il n'aurait pas fallu prévoir sinon un consentement exprès, du moins

38 - Ordonnance du 23 déc. 1958, l'origine de cette règle se trouve dans la nature juridique de l'adoption simple qui était un contrat, nécessitant le consentement de l'adopté ou de sa famille.

39 - Planiol et Ripert par Rouast. T.I n° 1022.

un certain acquiescement de la part du mineur plus jeune, et si le juge des enfants n'était pas tout indiqué pour remplir cette mission, après avoir informé l'enfant de sa future condition.

Si l'enfant est parfaitement inséré dans la famille adoptive, il est le premier à souhaiter une consécration juridique qui lui apportera un sentiment de sécurité supplémentaire et la joie de porter le même nom que ses parents. Au contraire, s'il a été recueilli tard, s'il a un passé, un nom peut-être, auquel il est attaché sentimentalement, il est très important d'avoir son accord, avant de prendre une mesure aussi radicale (40). En effet, une adoption, faite contre le gré du principal intéressé, ne présenterait aucun intérêt.

Son expression

Le législateur ne précise pas comment ce consentement sera recueilli.

Le décret-loi du 29 juillet 1939 (41), reprenant en cela les dispositions de la loi du 19 juin 1923 (42), prévoyait au cas d'adoption (simple) que "la personne qui se propose d'adopter et celle qui veut être adoptée, si elle est majeure, ou si, même mineure elle a atteint l'âge de 16 ans, doivent se présenter devant le juge de paix du domicile de l'adoptant ou devant un notaire, pour y passer acte de leurs consentements respectifs..!"(43)

40 - supra n° 153.

41 - art. 358 du C.C. (J.O. du 30 juill. 1939).

42 - art. 360 al. 1 du C.C. (J.O. du 20 juin 1923).

43 - Ces termes sont exactement ceux de l'art. 349 de la loi belge du 21 mars 1969 sur l'adoption, sous réserve de l'âge fixé pour obtenir le consentement du mineur, qui est de 15 ans, comme en France actuellement.

Cette règle s'expliquait par la nature juridique de l'adoption simple : accord de volontés, soumis à une homologation judiciaire. Elle présentait des difficultés certaines d'application, le législateur semblant exiger la simultanéité des consentements.

L'ordonnance du 23 décembre 1958 devait les résoudre, en retirant à l'adoption simple son caractère contractuel et en consacrant l'indépendance des divers consentements (44).

Dans le cas d'adoption plénière, le consentement du ou des adoptants s'exprime dans la requête (45) ; l'article 345 du Code civil ne prévoit rien pour le consentement du mineur de 15 ans, il en précise seulement le caractère personnel.

Par analogie avec les solutions données par l'article 348-3, le mineur devra-t-il consentir dans un acte authentique ? Une comparution personnelle devant les magistrats du tribunal de grande instance n'aurait-elle pas été plus satisfaisante ?

Dans certains pays étrangers, tout enfant, qui n'est pas élevé dans sa famille d'origine, doit comparaître devant le juge à 14 ans, dans le but de régulariser sur le plan juridique, certaines situations de fait (46).

Dans les pays scandinaves, le consentement du mineur est requis dès l'âge de 12 ans (47) ; au Canada,

44 - Par application de l'art. 351 du C.C., chacun était donné devant le juge du tribunal d'instance de son domicile ou de sa résidence, ou devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français.

45 - solution admise par Veliousky, op. cit. p. 110 & 111 pour la légitimation adoptive.

46 - Pays-Bas, Juris-Class. drt comparé par F.J. Van Ommeren n° 86.

47 - Juris Class. drt comparé et Vismard op. cit. p. 21.

dès l'âge de 10 ans, mais le juge peut passer outre à son refus, au dessous de 14 ans (48). Le Code civil suisse, la loi anglaise, la loi tchécoslovaque (Code de la famille 4 déc. 1963 art. 67) exigent l'intervention du mineur, quand il est capable de discernement.

Quoi qu'il en soit, dans le cas où le consentement du mineur de 15 ans n'aurait pas été donné, les magistrats devraient surseoir à statuer.

Si le jugement était tout de même rendu par erreur, (erreur de date de naissance, par exemple...), y aurait-il là un cas de nullité ?

La doctrine antérieure était pour l'affirmative en un temps où l'adoption avait un caractère contractuel (49). Sous l'empire de la législation de 1966, qui donne au jugement d'adoption un caractère définitif et irrévocable, il ne semble pas que la question se poserait, mis à part le cas, où cette omission serait la conséquence d'une fraude des adoptants. En tous cas, la voie à suivre ne pourrait être que celle de la tierce opposition contre le jugement d'adoption.

§ 5 - LE CONSENTEMENT DU CONJOINT DE L'ADOPTÉ

160. - La question se pose dorénavant, aussi bien dans le cas d'adoption simple que dans celui d'adoption plénière, puisque celle-ci est possible, dans certaines conditions, jusqu'à la majorité.

L'ordonnance du 23 décembre 1958 (art. 347 ancien) exigeait ce consentement et précisait (art. 351 an-

48 - S.P.E. op. cit. mai 1961 p. 51.

49 - Lévy, note sous Trib. Civ. Seine Inférieure, section Rouen, 24 oct. 1928, G.P. 1929.II.300.

cien) qu'il devrait être donné par acte authentique devant le juge du tribunal d'instance du domicile ou de la résidence de celui qui consent, ou devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français.

La loi du 11 juillet 1966 est muette sur ce point. Il semble, par analogie avec la réglementation concernant l'adoption par un seul des deux conjoints (50), qu'il aurait été normal d'exiger le consentement du conjoint de l'adopté, et ce, dans les mêmes formes solennelles (51), les effets de l'adoption plénière intéressant le couple dans son entier.

Toutefois, cette condition n'étant pas prévue par la loi, il reste à souhaiter que le magistrat chargé d'instruire la requête s'informe de la position du conjoint. Dans cet esprit, afin d'accélérer la procédure, l'avoué serait neut-être bien inspiré, en incorporant au dossier, un acte sous seing privé contenant l'accord du conjoint.

§ 6 - LES DONNEES MEDICALES ET PSYCHOLOGIQUES

161. - Tous les enfants juridiquement abandonnés ne sont pas adoptables. Certes, la loi ne prévoit pas de cas d'inadoptabilité du fait des troubles somatiques ou psychologiques dont pourrait être atteint un enfant ; mais de tous temps, parents de recueil et médecins, administration et oeuvres s'en sont préoccupés.

Pour les docteurs Meyer et A. Wolf, on peut classer schématiquement les enfants en (52) :

50 - art. 343-1 infra n° 172.

51 - acte authentique ou comparution personnelle.

52 - Cours sur l'adoption - 1964 op. cit. - "Sélection des enfants, problèmes médicaux et psychologiques."

1 - enfants normaux immédiatement adoptables

2 - enfants atteints d'une affection rapidement curable ou dont l'état général est déficient : adoption retardée

3 - enfants dont l'anomalie physique ou psychique est d'un pronostic favorable : adoption, mais information des adoptants

4 - enfants dont le pronostic est réservé ou enfants handicapés ; adoption, mais dans des conditions particulières

5 - enfants pour lesquels la vie normale est impossible, : pas d'adoption.

Les exigences légales sont à peu près les mêmes, qu'il s'agisse d'un pupille ou d'un enfant recueilli par un intermédiaire autorisé.

Le pupille doit avoir fait l'objet d'un examen médical approfondi ^{datant} de moins de deux mois, constatant qu'il ne paraît atteint d'aucune maladie chronique ou d'une déficience mentale quelconque. Dans le cas contraire, le conseil de famille ne doit donner son consentement qu'à la condition que les adoptants soient informés de l'état de l'enfant (53).

Si l'enfant a été recueilli par l'intermédiaire d'une oeuvre ou d'une personne autorisée, il doit être soumis dans les trois mois précédant le placement, à un examen médical approfondi (54), effectué autant que possible par un pédiatre qualifié. Les résultats en seront communiqués aux futurs adoptants, par l'intermédiaire du médecin de l'oeuvre d'adoption "dans des conditions assu-

53 - art. 2 du décret n° 67-44 du 12 janv. 1967.

54 - art. 5 du décret n° 67-45 du 12 janv. 1967.

rant la conservation du secret professionnel", selon la (55) formule un peu vague et difficile à respecter de l'arrêté. Ne faudrait-il pas concevoir un secret partagé (56) ?

Certaines oeuvres conseillent aux futurs adoptants de faire examiner l'enfant par leur médecin de famille, dès qu'il leur sera confié, afin qu'ils aient une double sécurité.

162. - A l'heure actuelle, la majorité des médecins pensent que les tares héréditaires graves peuvent être décelées, dès l'âge de deux ou trois mois et les déficiences mentales véritables avant six mois (57).

Toutefois, selon le Professeur Christians de la faculté de médecine de Lille, il ne faut pas s'illusionner, l'hérédité doit apparaître comme elle est, c'est à dire comme un risque inéluctable que les parents adoptifs partagent, à un degré supérieur sans doute, avec tous les parents (58); si des examens médicaux et psychologiques sérieux (59) permettent d'écarter de l'adoption, les anormaux, les grands infirmes du système nerveux, il est bien certain, qu'il n'est pas possible de déceler, à quelques mois, "les peu doués", les futurs inadaptés, surtout lorsque l'on sait la part immense du milieu familial dans le développement harmonieux de l'enfant (60).

55 - art. 4 de l'arrêté du 25 janv. 1967.

56 - Savatier Métarmorphoses op. cit. p. 234.

57 - Y. Chandel "Le problème de l'adoption", Etudes sociales, op. cit. - Dr Launay "l'adoption" op. cit. p. 78 et s.

58 - "les parents adoptifs devant les problèmes de l'hérédité" Les cahiers de l'enfance n° 85, avril 1962.

59 - Les praticiens insistent sur l'importance de l'enquête héréditaire, portant au moins sur la gestation et l'accouchement. "Aspects médicaux et psychologiques de l'adoption" (étude de 138 cas difficiles par G. Heuyer, P. Desclaux et Mlle Teyssie) Sauv. Enf. 1951 p. 357.

60 - "Au siècle dernier", écrit J. Aubry (op. cit. p. 10) "la personnalité de l'enfant était considérée comme immuable, liée à son hérédité et à sa constitution physique et psychique, ce n'est que très progressivement qu'est apparue l'importance primordiale du milieu environnant".

Comme le note le Professeur Launay (61), "adopter un enfant ne peut pas ne pas comporter de risques, prétendre choisir à son gré l'enfant que l'on désire dans le présent, mais aussi dans l'avenir, est non seulement une utopie, mais une conception absolument fausse et néfaste de l'adoption".

Vaut-il mieux entourer l'adoption du maximum de sécurité médicale et risquer alors de recueillir un enfant perturbé par sa vie antérieure, ou bien faire confiance à la compréhension, à l'affection du milieu ambiant pour le développement harmonieux de l'enfant ?

Les travaux récents (62) qui ont montré l'importance des soins maternels, les résultats nocifs des séjours d'enfants de moins de 5 ans en collectivité, les inconvénients des changements de "substituts maternels", l'influence primordiale du milieu environnant sur le développement physique et psychique de l'enfant (63), font opter pour la deuxième solution.

Toutefois, si les résultats des examens ne sont pas parfaits, si l'enfant est atteint de certaines anomalies physiques ou psychiques, qui ne le rendent pas inapte à être adopté, mais requièrent des adoptants de plus grandes qualités, une plus grande abnégation, une information de ceux-ci est nécessaire, mais aussi une appréciation de leurs possibilités éducatives et affectives.

61 - "Rôle médical et psychologique de l'adoption", Comité National de l'Enfance, conférences 1959, Paris 16 avril.

62 - Bowlby, op. cit. ; Cycle d'Etudes de Leysin, Rapport p. 41, rédigé en ces termes "On a remarqué que, si l'expérience d'une relation affective survient trop tard dans la vie d'un enfant, le développement affectif, et parfois même intellectuel de ce dernier risque de se trouver retardé. Plus le temps passe, plus il est difficile de surmonter l'incapacité d'aimer et d'accepter d'être aimé"; Colloque International de Monaco consacré aux premiers instants de la vie, avril 1969.

63 - "Influence du milieu sur la pathologie du premier âge", H. Marfaing, thèse Toulouse 1963.

Le Professeur Launay pose la question "il est quelquefois difficile quand un enfant de 3, 4 ans est captatif, instable, atteint d'un déficit psycho-moteur modéré et que les circonstances dans lesquelles il a vécu rendent possible le diagnostic de carence de soins maternels, de le déclarer inadoptable ; en effet, c'est lui retirer la seule chance d'une évolution favorable ; mais c'est peut être aussi vouer des adoptants inquiets à une vie familiale tourmentée" (64), en outre cette inquiétude des adoptants a forcément des conséquences sur l'équilibre de l'enfant.

Les témoignages recueillis près des oeuvres d'adoption sont unanimes sur la possibilité de trouver des candidats adoptants de valeur pour de tels enfants, mais l'Aide sociale à l'Enfance le souhaite-t-elle ?

163. - Au cas de recueil direct, aucun contrôle n'est prévu, le législateur a sans doute pensé que les intéressés y pourvoieraient eux mêmes, et qu'en tout état de cause, ils acceptent l'enfant tel qu'il est.

En terminant, il faut rappeler que l'adoption n'est pas la seule solution au problème de l'enfance malheureuse. Pour l'enfant qui a été très perturbé, qui n'a jamais connu de milieu familial stable, qui a été retiré à sa famille contre son gré peut-être, d'autres solutions doivent certainement être envisagées (65). Il ne faut jamais oublier que si l'adoption réussie est le remède idéal pour l'enfant sans famille, l'adoption manquée crée une blessure irrémédiable.

64 - intervention du Dr Launay au congrès de Poitiers Sauv. Enf. janv/mars 1966 (journées d'études des Ass. Franç. de sauvegarde de l'Enfance et de l'Adolescence).

65 - L'art. 2 al. 4 du décret du 12 janv. 1967 met à la charge du conseil de famille l'obligation de s'assurer que l'adoption convient à la situation de l'enfant.

Une fois l'enfant déclaré adoptable, c'est à dire juridiquement libre de toute attache familiale, puis physiquement et intellectuellement reconnu apte à entrer dans une nouvelle famille, reste à choisir cette famille, de manière à ce que l'insertion se fasse dans les meilleures conditions possibles.

L'étude de la "sélection" (66) des familles adoptives fera l'objet du titre II.

66 - selon le mot de Mme Noël, qui reconnaît qu'il peut heurter, dans un domaine essentiellement humain où affluent les bonnes volontés. "la sélection des parents adoptifs" thèse médecine Paris 1959 p. 5.

TITRE II

LES PARENTS ADOPTIFS

164. - Etudiée sous l'angle des parents adoptifs, la loi française ouvre très largement l'adoption des enfants. En principe toute personne française ou étrangère peut procéder à une adoption sur le territoire français.

Cependant, à mesure que l'institution devenait un moyen de secourir l'enfance malheureuse et abandonnée en lui donnant une famille, le législateur édictait une réglementation de plus en plus minutieuse, inspirée par les découvertes médicales et psychologiques récentes et dominée par l'intérêt de l'enfant. Les préférences, les désirs des adoptants sont légitimes certes, mais non essentiels, d'autant que les demandes émanant de personnes désireuses d'adopter sont bien supérieures au nombre d'enfants adoptables.

Toutefois, à l'heure actuelle, on assiste à une évolution inverse, une partie de la réglementation légale semble s'inspirer des désirs des adoptants et oublier certains impératifs nécessaires au bien de l'enfant.

S'expliquent par le souci de rapprocher la filiation adoptive de la filiation par le sang, donc par la considération de l'intérêt de l'enfant, les règles déterminant la différence d'âge entre adopté et adoptant, l'abaissement de l'âge minimum pour adopter, les enquêtes sociales ou examens médicaux auxquels le candidat adoptant doit se soumettre.

En revanche, paraît plutôt contraire à l'intérêt bien compris des enfants, examiné d'un point de vue général, la disposition ouvrant l'adoption plénière aux personnes seules. Le législateur de l'adoption ignorerait-il qu'un enfant a besoin pour s'épanouir d'être élevé dans un foyer constitué par un homme et une femme unis dans les liens du mariage ?

Enfin, certaines dispositions se justifient par la conception française encore attachée, mais de façon atténuée, à la tradition ancienne, selon laquelle l'adoption est une solution de remplacement, ouverte seulement dans le cas d'impossibilité de fonder une famille (1).

1 - Cette tradition oblige à fixer un âge minimum élevé, qui est de 50 ans en Bolivie^{et} au Pérou; de 45 ans en Espagne ; de 40 ans en Suisse... Toutefois, d'une façon générale, les lois récentes tendent à abaisser l'âge requis : telles la loi grecque du 2/17 août 1966 et la loi italienne du 5 juin 1967.

La loi maintient donc à 35 ans (s'il s'agit d'un célibataire) et à 30 ans (s'il s'agit d'un couple) l'âge minimum pour adopter (2), à la différence de certaines législations étrangères; en effet celles-ci, pour le bien-être de l'enfant, considèrent que la jeunesse de la famille est une condition essentielle et 25 ans un âge suffisant (3).

La primauté de la filiation par le sang, incarnée par excellence dans la filiation légitime, explique aussi le maintien de la règle interdisant d'adopter en présence d'enfant légitime. Toutefois, une importante fraction de l'opinion, comme du Parlement, étant favorable à sa suppression, un assouplissement a été trouvé par la voie de la dispense.

Le chapitre I étudiera la vocation à l'adoption dans ses aspects juridiques ; le chapitre II sera consacré aux qualités humaines et personnelles exigées de l'adoptant et le chapitre III aux conditions tenant aux rapports entre adoptant et adopté.

2 - aucun changement depuis l'ordonnance du 23 décembre 1958.

3 - 21 ans même, dans certains pays : Canada, New York et un certain nombre d'Etats de la confédération américaine ; également en Hongrie, Pologne, Tchécoslovaquie.

CHAPITRE I

LA VOCATION A L'ADOPTION

165. - La loi française ne prévoit aucune condition particulière de capacité, à la différence de la législation de certains pays étrangers, comme en Bulgarie, Chili, Espagne, Hongrie, Pologne, qui exigent que l'adoptant jouisse de la pleine capacité civile. Mais l'adoption n'étant prononcée que si "elle est conforme à l'intérêt de l'enfant" (art. 353 du Code civil), il y a de bonnes raisons pour que le juge refuse de faire droit à la requête du candidat adoptant, même dûment autorisé par le juge des tutelles, (par application des articles 501 et 511 du Code civil), si celui-ci n'est pas en mesure de remplir son rôle de père de famille ; tel serait le cas, par exemple de l'interdit, du majeur sous sauvegarde de justice ou en curatelle. Toutefois, la solution pourrait

être différente, s'il s'agissait de permettre l'adoption d'un enfant illégitime (4).

En revanche, lorsque l'adoption visera plutôt à donner à l'adopté des avantages matériels, aucune disposition légale ne paraît imposer le rejet de la requête. Cette hypothèse se rencontrera surtout dans le cas d'adoption simple d'un majeur. Telle semble bien être la position de la Cour de cassation, qui a admis l'adoption (simple) par une dame âgée d'un neveu de son mari (5), alors même que l'état de faiblesse de l'adoptante était si grand qu'elle avait constitué par acte notarié un mandataire pour poursuivre la procédure. L'interdiction, demandée par une parente, à l'époque où l'acte avait été passée, devait être prononcée quelques mois plus tard (6), mais dit la Cour "les conditions relatives à la capacité de l'adoptant doivent être appréciées au jour de la requête".... et non "depuis le jour de la présentation de la requête jusqu'à celui du jugement compris".

4 - La loi suédoise prévoit expressément ce cas.

5 - il atteignait sa majorité à l'époque du pourvoi en cassation.

6 - Cass. Civ. 1ère, 30 avril 1969, cassant Aix-en-Provence, J.C.P. 1969.II.15953 - Bull. Cass. I. n° 156 p. 126.

166. - Le sexe (7) et la nationalité des adoptants sont indifférents. Toute personne homme ou femme, français ou étranger peut adopter.

Les députés (8) ont estimé inutile de reprendre les termes de l'ancien article 345 du Code civil, et d'insérer dans la loi de 1966 une disposition expresse permettant aux étrangers d'adopter. En effet, la Cour de cassation interprète libéralement l'article 11 du Code civil et admet que les étrangers jouissent en France de tous les droits civils, dont ils ne sont pas privés par une disposition expresse de la loi, ou dont l'exercice ne leur a pas été limitée (9). Une disposition légale disparaît sans raison apparente, sous le seul prétexte qu'il existe une interprétation jurisprudentielle constante; voilà qui est tout de même curieux.

Il faut du reste souligner qu'aucune disposition de la loi du 11 juillet 1966 ne traite des con-

- 7 - certains pays prohibent l'adoption entre personnes de sexe différent, ainsi en est-il en Angleterre, où un homme ne peut adopter une fille, sauf circonstances spéciales appréciées par le tribunal (VISMARD "L'adoption", Paris 1968, p. 31).
- 8 - contrairement aux sénateurs, qui avaient voté une telle disposition, sur proposition de la commission des lois, et ce malgré l'opposition du Garde des Sceaux, qui estimait qu'elle était inutile (Déb. Parl. Sénat 1/6/1966 p. 677).
- 9 - Civ. 18/7/1895. S. 1895. I. 305 ; doctrine connue sous le nom de Demangeat et Vallette. Miboyet, Traité de Drt. Int. Privé Franç. t. II éd. 1938 n° 719 et S. - Jur. Class. v° Adopt. plén. par Y. Luffélan-Lanore et Paris 2ème Ch. 10/2/1928. G.P. 1928.I.535.

ditions et des effets de l'adoption en France entre étrangers ou entre français et étrangers, ce qui parait une lacune regrettable du droit français, à une époque où les frontières s'ouvrent de plus en plus et où se multiplient les adoptions internationales (10).

Quoiqu'il en soit les étrangers peuvent adopter un enfant français et rien n'interdit à un français d'adopter un enfant étranger (11). Seule limite à cette possibilité, l'interdiction d'adopter, qui serait édictée par la loi nationale étrangère (12). Toutefois, ces adoptions mixtes soulèvent des problèmes délicats de droit international privé (13).

La législation française ne subordonne pas non plus l'adoption à des considérations de race (14) ou de religion (15) ; il est admis depuis longtemps que l'adoption est permise aux prêtres et aux religieuses. Cette solution est certaine depuis la loi du 9 décembre 1905

-
- 10 - La loi belge du 21 mars 1969 est beaucoup plus explicite.
 - 11 - Jean Viatte "La réforme de l'adoption" commentaire de la loi du 11.7.1966, J. not. 1966. 47.881 n° 807 - Marty et Raynaud, Traité 2e éd. T. I livre 2 n° 464 p. 619.
 - 12 - Rouast t.II n° 1071 - mais en sens contraire Trib. Civ. Seine 10 février 1948 qui ne retient que la loi nationale de l'adopté. note Savatier, qui critique cette interprétation S.1948.2.137 note Batiiffol, D.1949.J. 368 note Savatier, J.C.P. 1948.II.364 note Lisbonne, rev. crit. 1948.108 note Batiiffol.
 - 13 - note J.L. Delvove sous T.G.I. Nice 3/7/1963, D.1964 J. 347 - M.J. Lemañ "quelques réflexions sur l'adoption plénière" J.C.P. 1968.I.133 et infra "les règles applicables à l'adoption entre étrangers" n° 289
 - 14 - En Louisiane, au Montana, au Texas, adoptant et adopté doivent être tous de même race, Vigand op. cit.p.32
 - 15 - En Eire, obligation de pratiquer la même religion ainsi que dans la République de l'Afrique du Sud, Vismard, op. cit. p.32.

qui a consacré la séparation des Eglises et de l'Etat. La prohibition, qui avait son origine dans le droit canonique, subsiste encore dans quelques pays, notamment en Espagne et en Uruguay ; en Autriche, la loi fédérale du 17 février 1960 exige que les adoptants n'aient pas proclamé leur faveur pour le célibat (16).

167. - La loi du 3 août 1941 avait retouché l'article 344 pour affirmer la solution, discutée par certains commentateurs, selon laquelle l'enfant adopté (pouvant être assimilé à un enfant légitime) faisait obstacle à une nouvelle adoption. Cette disposition figure encore dans l'article 345-1, les adoptions successives sont permises en droit français.

Cette solution est celle admise dans la plupart des législations étrangères, du moins implicitement, sauf en Bulgarie (Code de la famille de 1949). En Argentine, la loi du 23 septembre 1948 ne permet, à chaque personne ou ménage, d'adopter que deux mineurs, un de chaque sexe, sauf exceptions, (par exemple s'il s'agit de frères et soeurs) (17). Ces restrictions ne semblent guère de mise, si l'on veut rapprocher la famille adoptive d'une véritable famille (18).

16 - Vismard, op. cit. p. 32.

17 - Vismard p. 19.

18 - D'après M.P. Larnier, en France, 2/3 des foyers adoptifs ont un enfant, 1/3 en a deux ou davantage, thèse op. cit. p.110 et s.

168. - Enfin, l'adoptant peut être marié ou célibataire. Si, jusqu'en 1966, seuls deux époux, dont l'union était suffisamment ancienne pour avoir fait ses preuves, étaient admis à pratiquer la légitimation adoptive, dorénavant toute personne, veuve, célibataire, divorcée aussi bien que deux époux, peut demander l'adoption plénière.

Cette innovation criticable semble aller à l'encontre du but final de l'institution : donner une famille à un enfant qui en est dépourvue (19). Elle s'explique difficilement, les demandes d'enfants à adopter dépassant de loin le nombre d'enfants disponibles.

Cette adoption est soumise à des conditions quelque peu différentes de celles de l'adoption par un couple. D'où le plan de ce chapitre dont la 1ère section sera consacrée à l'adoption par un couple et la 2ème à l'adoption par une personne seule. Enfin dans une 3ème section sera étudiée le problème de l'adoption en présence d'enfant légitime, qui peut se poser dans les deux cas, l'adoptant unique pouvant être veuf ou divorcé et ainsi avoir des enfants légitimes.

19 - "L'évolution actuelle du droit français de la famille"
par L. Lassip, rev. jur. et politique, janv./mars
1967 p. 190

SECTION I

L'ADOPTION PAR UN COUPLE

169. - Cette forme d'adoption est certainement la plus souhaitable, car elle donne à l'adopté un père et une mère unis pour l'élever. Elle a les préférences du législateur (20). Elle suppose un couple uni par les liens du mariage, par application de l'article 346 du Code civil, qui dispose "nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux".

L'enfant adopté devient vraiment un enfant à part entière, dont la situation ne se distingue pas des enfants légitimes. Seule cette adoption correspond aux besoins profonds d'un enfant.

Le législateur a toujours exigé un âge minimum et un délai d'attente suffisant pour s'assurer de la solidité de l'union et de l'impossibilité pour les époux d'avoir des enfants légitimes ; il ne serait pas bon que l'adoption détourne de la procréation. Cette idée,

20 - L'art. 343 qui en énumère les conditions se trouve en tête du chapitre consacré à l'adoption plénière.

chère aux rédacteurs du Code civil, paraît assez loin des réalités actuelles. Cependant, la disposition légale traduit une des raisons d'être traditionnelle de l'adoption : apporter une consolation aux ménages stériles.

Toutefois des réformes législatives successives ont abaissé cet âge. Elles ont été inspirées tant par la volonté d'assouplissement des conditions de l'adoption, que par le désir d'harmoniser l'âge de la famille adoptive à celui de la famille légitime (21) ; il est conforme à la nature qu'un jeune enfant soit élevé par des jeunes parents et non par un couple âgé, qui risque de ne pouvoir mener à son terme cette charge éducative.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

1°) L'adoption est demandée conjointement par deux époux, non séparés de corps (22).

170. - Deux conditions sont ainsi posées : la requête doit être présentée en même temps au nom du mari et de son épouse, et les époux ne doivent pas être séparés de corps. Il est évident que le législateur vise la séparation légale ; il est non moins évident qu'il ne s'agit pas d'ignorer la mésentente des époux, même si

21 - dans la société issue de la guerre, les jeunes gens se marient plus tôt.

22 - art. 343.

elle ne s'est pas traduite juridiquement. L'enquête sociale et médicale (23) a pour but, entre autres, de déterminer la bonne entente du couple, nécessaire à l'épanouissement de l'enfant.

Dans ce cas, il est seulement exigé que l'un des deux époux soit âgé de plus de 30 ans. Il s'y ajoute une condition de durée minimum du mariage, ramenée de 8 ans à 5 ans. Compte tenu de cet abaissement du délai, la disposition permettant l'adoption sans délai, lorsque la stérilité de la femme est médicalement prouvée n'a pas été reprise (24).

Ce délai de 5 ans, doit-il être exigé lorsque les époux sont âgés de plus de 35 ans ?

Il ne le semble pas, car répondre par l'affirmative, reviendrait à être plus exigeant vis à vis de deux époux, que vis à vis d'un célibataire ; l'article 343-1, qui permet l'adoption par toute personne âgée de 35 ans, n'exclut pas les couples de son bénéfice, alors surtout que son paragraphe² prévoit l'hypothèse de l'adoptant marié. En fait, l'article 343-1 n'a pas pour but d'édicter une condition supplémentaire de 5 ans de mariage, mais de faciliter l'adoption par un couple jeune (25).

23 - infra n° 184 et s.

24 - art 344 ancien ; cette disposition était difficile à mettre en oeuvre et les examens médicaux très traumatisants pour l'épouse.

25 - déjà sous l'empire de la loi du 21 déc. 1960 (art. 344 ancien), cette solution avait été admise par la C.C. , Civ. 1ère Sect. 5 nov. 1963, J.C.P. 1963.II. 13452.

2°) L'adoption est demandée par un des conjoints avec le consentement de l'autre.

171. - Par ce biais, l'adopté devient l'enfant légitime d'une personne, sans l'être de son conjoint. Il y a, dans cette possibilité, la négation par le législateur du caractère indivisible de la légitimité ; comment peut-on être l'enfant légitime d'une personne, sans l'être de son conjoint ? (26)

Il est tout d'abord important de connaître les raisons qui empêchent le couple d'être associé pour passer un acte aussi grave (27) : ce peut être la présence d'enfants légitimes issus d'un premier mariage, mais aussi des questions successorales, le refus de transmettre le nom... et même le refus d'adopter, plus ou moins conscient, d'un des époux. Le Juge doit être éclairé sur les raisons profondes du couple, car elles peuvent entraîner une contre-indication formelle de l'adoption envisagée. Cependant, il apparaît que le plus souvent, il s'agit alors pour l'un des époux d'adopter l'enfant de l'autre (28).

Dans tous les cas, lorsqu'aucun lien de parenté n'existe entre l'adopté et l'autre époux, et ce, afin de s'assurer que l'enfant est bien accepté par les

26 - Floor, Cours préc. p. 1003.

27 - la nécessité, pour la réussite de l'adoption qu'elle soit voulue réellement par le couple est soulignée par les spécialistes. Dr Launay op. cit. éd. 1961 p. 57.

28 - infra, l'adoption de l'enfant du conjoint n° 200 et s.

deux, la loi exige que le conjoint, qui ne s'associe pas à l'adoption en droit, consente en fait à celle-ci (29). Deux exceptions sont prévues par la loi : les époux sont séparés de corps, l'époux dont le consentement doit être obtenu est "dans l'impossibilité de manifester sa volonté". Au sens de l'article 213, alinéa 3 du Code civil, cette impossibilité survient en cas d'incapacité, d'absence, d'éloignement et de tout autre cause (30).

Il appartiendra au juge, en l'absence d'éléments déterminants (par exemple décision du juge des tutelles, ou jugement de déclaration d'absence), d'ordonner une enquête, toutes les fois qu'il ne lui apparaîtra pas certain, au vu du dossier, que le consentement du conjoint ne peut être obtenu.

Cependant le consentement donné par application de l'article 343-1 n'a pas d'effets spécifiques, il n'est pas l'équivalent d'une adoption ; seul l'adop-

29 - il a été jugé que l'absence de ce consentement n'entraînait qu'une nullité relative, lorsque ce consentement était une condition d'habilitation pour la validité du contrat d'adoption. Civ. 1ère Sect. Civ. 3 janv. 1966 D. 1966.J.209 - J.C.P. 1966.II. 14749. En l'espèce, l'épouse prétendait, après le décès de son mari, voir prononcer la nullité de l'adoption simple de deux fillettes, réalisée sans son consentement préalable. Il a été jugé que la nullité a été couverte par une lettre valant acceptation adressée ultérieurement par la femme au dit mari.

30 - Dans ces hypothèses, il ne s'agit plus en fait de l'adoption par un couple, uni pour élever un enfant, mais d'une adoption par un seul.

tant devra assurer les charges financières imposées par la venue de l'enfant, Telle est bien la solution admise par les tribunaux (31).

172. - Aucune forme spéciale n'est prévue pour donner ce consentement, cependant celui des parents à l'adoption de leur enfant devant être reçu dans un acte authentique, il paraît normal d'exiger du conjoint la même formalité. Il semble même que les magistrats siégeant en chambre du conseil, et après avoir éclairé l'adoptant et son conjoint sur leurs engagements et leurs responsabilités, seraient les seules personnes vraiment qualifiées pour le recevoir. En effet, si l'article 348-3 accorde aux parents par le sang différentes voies pour donner leur consentement, c'est dans le but de faciliter, en quelque sorte, l'extériorisation de leur volonté d'abandon et de clarifier la situation de l'enfant, le plus tôt possible (32). Au contraire, dans l'hypothèse envisagée, l'intérêt de l'enfant n'exige pas la même souplesse. Dans la pratique, le consentement donné dans la forme authentique fait partie des pièces fournies à l'appui de la requête.

Lorsque l'adoption est réalisée par un seul des époux, il est exigé que l'adoptant ait plus de 35 ans. Le bénéfice de l'abaissement de l'âge dont profite un couple ne se justifiant plus, l'on revient à la règle applicable à l'adoption par une seule personne. Il est toutefois permis de regretter que la loi n'est pas prévue la possibilité d'obtenir du Président de la République une dispense, lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint.

31 - Douai, 3 fév. 1960, D.1960.J.526 et J. Calais-Auloy "La parenté créée par l'adoption et la légitimation adoptive", Rev. trim. 1961 p. 25.

32 - supra le consentement des parents n° 41 et s.

SECTION II

L'ADOPTION PAR UN SEUL

173. - Aux termes du nouvel article 343-1 du Code civil "l'adoption (pléniaire) peut être demandée par toute personne âgée de plus de 35 ans".

A cette condition d'âge, un peu plus sévère que pour l'adoption par un couple, le législateur ajoute seulement l'exigence du consentement du conjoint, dans l'hypothèse où l'adoptant serait marié et non séparé de corps, à moins que le conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté (33). Ces deux conditions sont les seules qui différencient l'adoption par un seul de l'adoption par un couple.

L'innovation apportée par la loi de 1966 s'explique en partie par la suppression de l'adoption avec rupture des liens (34) ; sur le fond, elle est des plus contestables (35) et se justifie difficilement.

33 - supra, l'adoption par le conjoint avec le consentement de l'autre n° 171 et s.

34 - Raynaud chr. D. 1967 op. cit. n° 35.

35 - Pour R. Savatier, "elle traduit clairement une orientation préférant la satisfaction de certains adoptants à l'intérêt de l'enfant" op. cit. Sauv. enf. janv. 1967.

Jusqu'alors la légitimation adoptive supposait une famille légitime, elle tirait sa valeur du mariage : "les adoptants reportant sur l'adopté le bénéfice "de la promesse solennelle qu'ils avaient échangé en contractant ensemble, par le seul fait du mariage, suivant "la rigoureuse formule de l'art. 203, les devoirs de la "paternité et de la maternité" (36).

Dorénavant, il est possible à un célibataire de conférer à un enfant "les mêmes droits et les mêmes obligations qu'à un enfant légitime" (37), ce qui est pour le moins surprenant, et un enfant naturel peut devenir ainsi par le biais de l'adoption, un enfant légitime. S'il est normal, et dans l'évolution juridique actuelle, de donner à l'enfant naturel reconnu un statut se rapprochant le plus possible de celui de l'enfant légitime, ce ne doit pas être en changeant la nature même d'une institution que l'on doit y arriver. Dire comme l'a fait le rapporteur à l'Assemblée Nationale que cela permettra à la mère naturelle "de faire de son enfant un enfant "légitime à part entière que rien ne pourra plus distinguer "d'un enfant légitime issu du mariage" semble montrer une méconnaissance certaine des réalités (38).

Tous ceux qui s'occupent des problèmes posés par l'enfant de la mère célibataire sont unanimes à reconnaître les difficultés de son insertion sociale, dans l'état actuel de la société. Cet enfant a une situa-

36 - Raynaud, chr. D. 1967 op. cit. n° 36.

37 - art. 358 du C.C.

38 - Déb. Ass. Nat. 14 juin 1966, J.O. p. 2023.

tion en marge de la normale, il le sait et en souffre; les aléas posés par son éducation, spécialement au moment de la puberté sont certains, car il lui manque, sans aucun doute possible, l'autorité et la présence d'un père (39).

Certes, les difficultés de la mère célibataire sont souvent d'ordre matériel et l'on peut penser que dans le cadre de l'adoption, elles n'auront pas la même acuité, un enfant n'étant évidemment pas donné à une femme dont la situation ne lui permettrait pas de l'élever ; mais les spécialistes, médecins et psychologues, insistent encore plus sur la nécessité pour la femme qui élève seule son enfant de jouir d'une personnalité forte et équilibrée, sur l'obligation absolue que sa famille accepte l'enfant, enfin sur la nécessité de trouver dans l'entourage une présence masculine (oncle, parrain, tuteur de l'Assistance Publique à défaut), qui puisse assurer l'équilibre de l'éducation de l'enfant (40).

Toutes ces exigences, qui peuvent être atténuées par l'existence du lien du sang, se retrouvent bien entendu, dans l'adoption par une femme seule, la plus

39 - Résultats de 141 observations d'enfants adoptés par un ménage : échecs 10% - difficultés 8,3% ; par un célibataire : échecs 25% - difficultés 50 % (Guenoun, "l'adoption, indications et résultats éloignés" thèse médecine Marseille 1957 p. 33 et s.).

40 - "l'adoption" par M. Clément, C. Clerc, P. Lervan et le Dr B. This, (Collection "toute la question") éd. Casterman, 1963 p. 127 - et témoignage du Pasteur Marc Chalamet pourtant favorable à l'adoption par une personne seule (ce qui était son cas), qui écrit "songez à ce que cela représente d'aléas que d'élever un enfant sans père", et insiste sur la nécessité de placer sur le chemin de l'enfant "un esprit viril, une intelligence d'homme fait". (le problème de la révélation de l'adoption) S.P.E. mars/avril 1955 p.5.

courante (41). Il s'y ajoute comme causes d'échec (42) le plus souvent rencontrées : la démission devant le comportement de l'enfant jugé trop difficile (spécialement à l'époque de l'adolescence), le rejet sans appel de l'enfant ne répondant pas aux espoirs de tous ordres mis en lui. L'expérience montre en effet que la femme seule est plus exigeante (43) qu'un couple (44) vis à vis de l'enfant recueilli ou adopté.

174. - Pourquoi le législateur a-t-il alors admis cette forme d'adoption contraire à nos traditions et aux réalités sociales ?

Il n'a certainement pas voulu favoriser chez l'adopté "la formation du complexe de l'enfant naturel ou celui de l'orphelin" (45), mais a eu en vue les adoptions effectives déjà réalisées : l'enfant déjà recueilli et non l'enfant à recueillir (46) et aussi le cas de certains enfants, déficients physiques ou caractériels, qui ne peuvent être proposés pour adoption à des couples, mais pour lesquels l'on peut envisager le recueil

-
- 41 - Pour Mme Camille Olivier "les femmes seules offrent à l'enfant un foyer incomplet et il est indispensable qu'elles en soient convaincues" ("Adopter un enfant" op. cit. p. 93).
- 42 - outre les causes tenant aux raisons mêmes du célibat ou de la vie solitaire, voir infra n° 189 l'enquête médicale et sociale.
- 43 - Statistiques de l'Ass. Publ., enfants rendus pendant le délai préalable de recueil : 1,48 % par un ménage, 4,21 % par les célibataires, 5,71 % par les veuves, 9,09 % par des divorcés. Dr Launay op. cit. p. 63.
- 44 - Le mariage, par la vie à deux qu'il sous-entend, façonne les caractères, donne une certaine compréhension et une certaine philosophie de la vie.
- 45 - Selon M. Foyer, Garde des Sceaux, qui ajoute "toute résistance sur ce point eut été vaine devant le Parlement, le courant était trop fort. "Réforme du C.C. et évolution du droit familial". Revue Projet mars 1968 p. 277 et note 13.
- 46 - S.P.E. sept/déc. 1967 note M. de La Harpière p. 87.

par une personne seule, dévouée et capable (47).

Une autre raison se trouve certainement dans un souci d'unification et de simplification législative (disparition de la forme hybride de l'adoption avec rupture des liens).

Toutefois, le législateur ne s'est pas rendu compte qu'il ouvrait la voie par une disposition générale, à une extension contestable du régime de l'adop-

tion, en faisant naître un espoir chez des célibataires qui n'auraient même pas osés l'envisager auparavant, et alors même que tant de ménages involontairement stériles attendent en vain ; il ne s'est pas davantage rendu compte qu'il bouleversait sur le fond, les conceptions anciennes et constantes relatives à la famille et à l'adoption, création d'une nouvelle famille.

La loi belge du 21 mars 1969 paraît plus consciente des réalités. En effet, l'article 268 § 1 ouvre la légitimation par adoption à deux époux non séparés de corps agissant simultanément, au conjoint non séparé de corps du père ou de la mère légitime de l'enfant ou, après le décès de l'un des époux qui ont légitimé par adoption, au nouveau conjoint non séparé de corps du survivant. Dans toutes ces hypothèses, l'enfant sera élevé dans une véritable famille.

Il reste à souhaiter qu'en France les fonctionnaires de l'aide sociale et les responsables des oeuvres autorisées ne se départissent pas de leur pru-

47 - "la plupart des célibataires adoptants exercent une profession d'intérêt social expliquant et valorisant leur acte" écrit M. Brunet, secrétaire général de l'A.F.N.F.A., l'Ecole des parents, op. cit. n° 4 février 1962, p. 19.

dence (48) et continuent à préférer les couples, sans se laisser influencer par les pressions de tous ordres (49), qu'ils pourraient être amenés à subir.

Certes, le tribunal est juge, en dernier ressort, de l'intérêt de l'enfant, mais si celui-ci a été recueilli depuis plusieurs mois, la situation de fait ne pèsera-t-elle pas lourd dans la balance ?

Cette prise en considération des situations de fait, tempérées toutefois par la nécessité de tenir compte des principes généraux du droit français de la famille, ont amené le législateur à prévoir une solution plus nuancée dans le cas de l'adoption en présence d'enfants légitimes.

-
- 48 - Selon M. P. Larmier, de 1958 à 1965, d'après le compte général du Ministère de la Justice, 93 % des jugements de légitimation adoptive et d'adoption avec rupture concernaient un couple.
- 49 - dons généraux des bienfaitrices de l'oeuvre, interventions des supérieurs hiérarchiques, interventions politiques.....

SECTION III

L'ADOPTION EN PRESENCE D'ENFANTS LEGITIMES

175. - Le projet gouvernemental établi par la Chancellerie, ne permettait pas l'adoption en présence d'enfants légitimes (50).

Plusieurs amendements furent présentés en première lecture (51). L'un émanant de Mesdames Brin et Vaillant-Couturier permettait l'adoption dans tous les cas (52).

Celui de la Commission des lois, soutenu par Monsieur Limmernann (53), introduisait, au contraire, des conditions restrictives :

- exigence d'un recueil de 5 ans
- vérification par le tribunal que l'enfant ait été traité par les adoptants et leurs descen-

50 - art. 345-1 "L'adoption n'est permise qu'en l'absence de descendants légitimes. L'existence d'enfants adoptés ne fait pas obstacle à l'adoption, non plus que celle d'un ou plusieurs descendants légitimes nés postérieurement à l'accueil au foyer des époux de l'enfant ou des enfants à adopter".

51 - Débats Ass. Nat. 17 nov. 1965 J.O. p. 4694 et s.

52 - amendement n° 53, repoussé.

53 - amendement n° 18, adopté en première lecture. Cet amendement se rapprochait du projet rédigé par la Commission ministérielle, composée de hauts magistrats, de hauts fonctionnaires, de parlementaires et de spécialistes des questions familiales.

dants légitimes, comme l'enfant des adoptants (54).

Deux autres conditions étaient formulées par Madame Launay (55) :

- le consentement des enfants légitimes majeurs

- un lien de parenté préexistant (jusqu'au 6ème degré inclusivement) entre l'adopté et l'adoptant ou l'un des adoptants (56).

Après que le Garde des Sceaux eut fait remarquer, en particulier, qu'il était choquant de subordonner l'adoption au consentement des enfants de l'adoptant (57) et que cette disposition aurait pour effet d'encourager le recueil d'enfants très jeunes par des parents âgés, ce qui n'est pas souhaitable au point de vue éducatif, les députés adoptèrent l'amendement de la Commission des lois.

Ce texte ne devait pas être retenu par le Sénat, plus conservateur (58), qui n'a pas estimé souhaitable d'ériger en règle générale, l'adoption en présence d'enfants légitimes.

54 - Cette disposition était très restrictive, elle revenait à exiger la preuve de la possession d'état d'enfant commun.

55 - amendement n° 1 retiré après discussion.

56 - Cette condition était très restrictive, elle visait l'hypothèse de l'enfant recueilli par un oncle, un cousin, après le décès accidentel de ses parents ; de plus l'adoption n'a pas pour but de faire oublier leurs parents à des enfants, qui les ont perdu prématurément.

57 - Pourtant, il semble que c'était là une des conditions exigées par le Général De Gaulle pour accorder une dispense.

58 - Rapport de M. Jozéau-Marigné, au nom de la commission des lois, doc. Sénat n° 134 (1965-1966) et discussion et adoption le 1er juin 1966.

Après discussions et tractations, l'Assemblée Nationale s'est finalement ralliée (59) à la proposition du Sénat, qui restait fidèle à l'interdiction de principe, tout en admettant la possibilité d'y déroger par dispense du Chef de l'Etat.

Ainsi était mis fin au dialogue sans issue possible, qui s'était élevé entre les partisans de la famille "close", repliée sur elle-même, redoutant l'intrusion de l'enfant adultérin, cherchant à écarter complications et conflits, et ceux de la famille "ouverte" (60), accueillante à l'étranger, soucieuse de favoriser au maximum l'enfant malheureux et désireuse de traduire juridiquement les liens familiaux préexistants.

1°) Le principe : l'adoption (61) n'est possible qu'en l'absence de descendant légitime.

176. - Cette règle d'ordre public (62) découle de la conception traditionnelle de primauté absolue des liens du sang et de la famille légitime (63) et du fait

-
- 59 - Ceci afin de permettre le vote et la promulgation de la loi, avant la fin de la session, Débats Ass. Nat. 14/6/1966, J.O. p. 2.026.
- 60 - Selon les expressions imagées de M. Jean Lœvyet in "Le nouveau statut de l'adoption" Gaz. Pal. 1966 - II. p. 101.
- 61 - Cette disposition est commune aux deux sortes d'adoptions.
- 62 - Nullité absolue de l'adoption, même si elle a été réalisée dans un pays étranger conformément au statut personnel des parties. Req. 21 avril 1931 - S. 1931.I.377 note Niboyet et D. 1931.I.1952, rapport Pilon. Rev. crit. 1932-526, Clunet 1932 rapport Pilon ; Cf infra n° 297
- 63 - Planiol et Ripert par Rouast 2ème éd. t. I n° 1017 p. 872 - Hazeaud T. I n° 1059 3ème éd.

que l'adoption est considérée, en France (64), comme une solution de remplacement, lorsque tout espoir d'avoir une descendance légitime semble devoir être abandonné (65).

Ce souci de protection de la famille légitime se retrouve dans la prohibition de l'établissement du lien de filiation adultérine et dans le traitement très sévère de l'enfant naturel reconnu pendant le mariage (66), également dans les dispositions strictes concernant la légitimation ante ou post nuptias.

Or, admettre l'adoption plénière en présence d'enfants légitimes permettrait de tourner les règles légales prohibant la reconnaissance des enfants adultérins et encouragerait indirectement la bigamie : le père (67), pouvant intégrer par une légitimation artificielle son enfant adultérin à la famille légitime, avec le consentement plus ou moins sincère de l'épouse, et même sans son consentement, si elle n'est pas en état de manifester sa volonté (68).

64 - conception différente au Japon où l'adoption est un moyen pour le père de famille de s'assurer un continuateur de son oeuvre et de sa tradition familiale, lorsqu'il estime que ses propres enfants ne présentent pas les qualités indispensables, ainsi a été constituée la dynastie des empereurs du Japon.

65 - Veliousky op. cit. P.92 - Planiol et Ripert, t. I par Rouast 2ème éd. p. 872 n° 1017.

66 - Une jurisprudence constante de la C.C. depuis le XIXème siècle étendait la prohibition de l'art. 337 à la reconnaissance forcée. Un arrêt de la C.C. (1ère Ch. civ. préc.) du 26 mars 1968 cassant un arrêt de la Cour de Limoges estime qu'il s'agit d'une disposition exceptionnelle, qui ne peut s'appliquer en dehors de l'hypothèse prévue expressément par le texte.

67 - à noter que l'enfant de la femme adultère est automatiquement introduit au foyer, puisqu'il est légitime du fait de la présomption "pater is est".

68 - Ainsi un homme dont la femme est aliénée et internée, et qui vit en concubinage, pourrait, en adoptant les enfants nés de celle-ci (et reconnus par elle) leur donner le statut d'enfant légitime.

De plus, cela permettrait aux parents en désaccord avec leurs descendants légitimes d'appeler des enfants étrangers à leur succession et d'attenter ainsi aux règles de la réserve héréditaire (69).

Certes, les considérations patrimoniales ont moins d'importance à l'heure actuelle (70) et les règles de la filiation nécessiteraient une réforme d'ensemble (71), mais il n'est pas souhaitable de tourner par le biais de l'adoption des dispositions légales impératives. Toutefois, l'intérêt de l'enfant, justification essentielle de l'institution, n'incite-t-il pas ^à moins de rigueur ?

177. - D'après les membres des Associations de parents adoptifs (72), faire entrer un enfant dans une famille déjà constituée ne pose pas de problème grave d'insertion et ne peut qu'être bénéfique au point de vue éducatif, l'enfant unique n'étant jamais souhaitable. Pour

69 - par là, on reviendrait à la vieille patria potestas romaine, qui permettait au pater familias de composer à son gré la famille. Mazeaud T.I. 3ème éd. p. 1034 n° 1030.

70 - ce point a été particulièrement développé par les députés du groupe communiste pour lesquels "la sauvegarde du patrimoine familial ne correspond à aucune réalité pour l'immense majorité des familles françaises". Déb. Ass. Nat. 14 juin 1966, interv. de Mme Jeanette Prin. J.O. p. 2025.

71 - Interv. de M. Foyer, Garde des Sceaux Déb. Ass. Nat. 17 nov. 1965, J.O. p. 4.695.

72 - "La légitimation adoptive, source de vie", par M. Verzier, Président de l'A.F.N.F.A. revue Educateurs, n° 63, mai/juin 1956 - "Physionomie de l'adoption" par M. Brunet, secrétaire général de l'A.F.N.A.F. in "l'Ecole des parents" n° 4, février 1963.

la Commission de l'Union des Associations Familiales, chargée d'étudier les problèmes de l'adoption, celle-ci devrait être possible lorsqu'il est médicalement établi que la femme, après la naissance d'un premier enfant, ne peut plus en avoir d'autres (73). Toutefois certains reconnaissent la nécessité d'un temps d'épreuve assez long, et l'importance à côté de la volonté des parents de celle des enfants (74).

Les médecins, les psychiatres, les praticiens sont beaucoup moins affirmatifs et estiment que l'assimilation de l'enfant adoptif est généralement difficile, qu'il se sent en état d'infériorité (75) et que cette situation peut entraîner des traumatismes psychiques et une attitude réactionnelle (76) ; que finalement la juxtaposition d'enfants par le sang et d'enfants adoptés amenuise les chances de réussite de l'adoption (77).

73 - Rapport du 26 janv. 1954, dans le même sens ; Dr Launay, "L'adoption" éd. 1961, op. cit. p. 191 ; Aubry et Rau par Esmein éd. 1953 § 556 note 12.

74 - "L'adoption en présence d'enfants légitimes" par M. Verzier, S.P.E. janv. 1958 p. 28.

75 - Les parents ne montreront-ils pas une certaine préférence pour l'enfant par le sang, surtout si l'adopté est un enfant difficile, "Considérations éducatives sur la légitimation adoptive" par M. le Juge Chazal Gaz. Pal. 1949.I. Doct. p. 50 et Sauv. Enfance Mai 1951 p. 419.

76 - rencontrés, par exemple, au cas de naissance d'un enfant légitime, après le recueil de l'enfant adopté. Savatier "Une institution civile en euphorie : l'adoption devant le Parlement français", D. 1949 chr. p. 117 - J. Alliez et J.M. Maur "Incidences médicales et psychologiques de l'adoption à propos d'une série de cas difficiles" Sauv. Enf. mai 1951 p. 366 - G. Heuyer, P. Desclaus et Mlle Teyssere op. cit. Sauv. Enf. mai 1951 p. 357.

77 - M. Jozeau-Marigne insiste sur les difficultés de cet ordre, beaucoup plus graves que celles relatives aux biens qui se rencontrent aussi dans les familles légitimes. (Déb. Sénat 1er juin 1966 J.O. p. 672). Le Prof. Launay qui n'est pas contre le principe lui même en souligne toutefois les difficultés d'application op. cit. 1961 p. 189 et s.

De plus, pourquoi multiplier les candidats adoptants, alors que les demandes de ceux qui remplissent les conditions ne peuvent être satisfaites ? (78)

D'une façon générale, il n'est pas opportun en France, d'admettre (79) l'adoption en présence d'enfants légitimes, comme cela se fait dans certains pays étrangers : Angleterre, Canada, U.R.S.S., pays nordiques et même la Belgique, depuis la loi du 21 mars 1969 (80).

178. - L'expérience tentée par la loi du 8 août 1941 (81) qui permettait l'adoption ou la légitimation adoptive en présence de descendants légitimes, à condition que ces derniers soient tous majeurs et donnent leur adhé-

78 - Cela permettrait encore une meilleure sélection, répondent les partisans de la thèse favorable.

79 - M. le Juge Chazal, pourtant favorable à l'élargissement des conditions de l'adoption y est opposé, voir "considérations éducatives sur la légitimation adoptive" op. cit. - Le Docteur Launay émet certaines réserves "l'adoption" p. 189 et s. - M. De La Harrière admet seulement la régularisation des situations acquises, S.P.E. nov. 1956 p. 24 - Toutefois, pour certains praticiens, la possibilité pour les parents de pouvoir insérer légalement l'enfant plus tard dans la famille, éviterait les dangers et quelques fois les drames des légitimations de complaisance. (Savatier D. 1950 chr. p. 9 op. cit. - La Harrière S.P.E. mars/juin 1956 p. 3 "adoption et légitimation de complaisance").

80 - La Convention Européenne en matière d'adoption des enfants signée à Strasbourg, le 24/4/1967, admet l'adoption en présence d'enfants légitimes (art. 12 § 2).

81 - art. 5 al. 2.

sion dans un acte authentique, s'est placée dans une période trop troublée pour avoir un grand retentissement (82), de plus, elle était limitée à 2 ans.

L'exception, accordée par la loi du 17 avril 1957 (83), en faveur des orphelins de guerre ou des enfants abandonnés du fait de la guerre, recueillis avant cette date, n'a permis pendant un délai de 2 ans, que de donner une solution à des cas émouvants, mais somme toute assez rares.

Différents projets de loi avaient été ou ont été déposés depuis (84), mais aucun n'a abouti (85). Le principe de la primauté des liens du sang est trop ancré dans une bonne partie de la société française, qui en fait, n'admet l'adoption qu'à titre subsidiaire de remplacement. La Commission de Réforme du Code civil, elle-même, a rejeté le système comme contraire "à nos conceptions de la famille" (86).

82 - Véliousky, op. cit. p. 99 - Molinier : Trav. de la Comm. de Réforme du C.C. 1945-1946 p. 550.

83 - Loi du 17 avril 1957 modifiant les art. 344 et 368 du C.C. (J.O. du 18 avril 1957).

84 - Projets de loi avortés (dans la période précédente) ; un présenté par le Gouvernement Mendès-Franco en 1955 (seule condition exigée : consentement des enfants légitimes majeurs par acte authentique) également projets présentés le 26 juill. 1960 par M. Dupont et le 19 juill. 1961 par M. Diligent. (Doc. Ass. Nat. n° 1665, rapport M. Zimmermann p. 774 - les projets plus anciens sont cités dans Véliousky op. cit. p. 279).

85 - A noter toutefois, qu'en 1966, il y aurait eu probablement une majorité à l'Ass. Nat. s'il n'y avait eu pour s'y opposer les efforts conjugués du Gouvernement et du Sénat.

86 - Trav. Préparatoires 1952-1953 p. 185 et s.

Le principe de l'interdiction étant resté le même, son application ne semble donc pas devoir entraîner de difficultés particulières.

2°) Mise en oeuvre du principe

179. - Ne font pas obstacle à l'adoption :

- les enfants précédemment adoptés, qu'ils aient fait l'objet d'une adoption simple ou plénière. L'article 345-1 formule expressément cette règle. L'assimilation de l'enfant adopté à l'enfant légitime ne va pas jusqu'à empêcher une nouvelle adoption, qui serait en fait contraire à l'intérêt de l'enfant lui-même. Son éducation au sein d'une famille nombreuse sera plus facile, et son état d'adopté lui paraîtra moins exceptionnel, puisqu'il sera partagé.

- Les enfants naturels reconnus, à moins qu'ils n'aient fait l'objet d'une légitimation par mariage (87). Solution semblable à celle en vigueur dans de nombreux pays, tels que l'Allemagne, la Belgique, la Grande-Bretagne, le Luxembourg, mais non le Vénézuéla.

A fortiori, l'existence d'un enfant adultérin, à supposer que son adultérinité ait été constatée indirectement, ne peut entrer en ligne de compte.

- Les descendants légitimes, nés postérieurement, à l'accueil (88) au foyer des époux, de l'enfant

87 - Civ. 3 juin 1851 - D. 1851.I.336.

88 - Importance de la date du recueil au foyer, à noter encore une fois que le législateur n'indique nulle part dans la loi comment sa preuve en sera rapportée.

... ou des enfants à adopter. Conformément à l'article 331 du Code civil, il faut assimiler aux enfants légitimes, les enfants légitimés par mariage subséquent.

En effet, il arrive assez fréquemment que dans un foyer demeuré stérile, la venue d'un enfant recueilli en vue d'adoption, soit suivie de la naissance d'un enfant légitime (89) ; or il serait injuste et contraire à l'engagement moral contracté par les parents au moment du recueil, que cet enfant voit sa situation juridique devenir sans issue.

La doctrine antérieure (90) à la loi de 1966, mais qui reste valable, l'article 345 ayant repris les termes exacts de l'article 344, considère, par application de l'adage "infans conceptus pro nato habetur" que la date du recueil de l'enfant doit s'apprécier, non au moment de la naissance, mais bien à l'époque de la conception de l'enfant légitime ; d'où, par référence aux articles 312 et 315 du Code civil, l'enfant né moins de 180 jours après la date du recueil doit être considéré comme déjà conçu : il fait obstacle à l'adoption ; l'enfant né plus de 300 jours après cette date est réputé avoir été conçu postérieurement : l'adoption est possible.

180. - L'enfant légitime né entre le 180 ème et le 300ème jour après le recueil fait-il obstacle à l'adoption ?

Si l'on applique la maxime "infans conceptus" dans le sens le plus favorable à l'enfant légitime,

89 - Vismard, "l'adoption après la naissance d'enfants légitimes, J.C.P. 1957.I. 1366 n° 5 ; DrLaunay, "l'adoption" éd. 1961 p. 54.

90 - Veliousky op. cit. p. 95 et s. ; Planiol, et Ripert : Traité t. II par Rouast n° 1017 ; Vismard, "l'adoption" éd. 1968 op. cit. p. 18.

3, la réponse est certainement affirmative. Mais la doctrine est divisée ; en 1951, M. Vismard était favorable à cette thèse (91), tout en reconnaissant que la question ne s'était jamais posée devant la Cour de cassation ; à l'heure actuelle, il estime que si l'enfant est né plus de 180 jours après le recueil "l'adoption est possible" (92). Cette deuxième solution ne s'inscrit-elle pas dans l'évolution des idées et dans le courant législatif, qui permet l'adoption en présence d'enfant légitime avec une dispense du Président de la République ?

Il ne semble guère probable qu'un parquet prenne des réquisitions défavorables, sous ce seul prétexte, surtout si l'enfant est bien inséré dans la famille de recueil ; mais que déciderait un tribunal, si la nullité d'une adoption, réalisée dans ces conditions, lui était demandée ? (93)

Selon M. Rouast (94), pour que la nullité soit prononcée, il faudrait faire la preuve d'une conception réellement antérieure à l'adoption ; en cas de doute l'adoption demeurerait valable. Pour la majorité des auteurs (95), en effet, la présomption de durée de grossesse

91 - "Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive", 1951 p. 14.

92 - "L'adoption", 1968, p. 18.

93 - infra Les voies de recours contre le jug. d'adoption

94 - Planil et Ripert, Traité n° 1017.

95 - Demolombe Traité t. VI n° 17 ; Aubry et Rau par Esmein éd. 1953 IX § 556 note 10 ; Baudry et Lacantinerie par Cheneaux éd. 1908 T. V n° 19.

permet à l'enfant légitime de placer sa conception à l'époque la plus favorable pour sa légitimité, or ici la filiation légitime n'est nullement en cause ; il s'agit seulement de déterminer la date de la conception, ce qui est une pure question de fait ; ainsi il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 312 du Code civil, d'autant qu'édicte une présomption légale, il n'est pas possible de l'étendre à un cas non prévu.

Ce raisonnement est toujours valable quant à son argumentation sur la durée présumée de la grossesse, et il garde son utilité pour l'appréciation des conditions requises, préalablement au jugement. En revanche, il ne correspond plus au caractère essentiellement judiciaire de l'adoption : le jugement purge les vices (96). Toutefois, si les adoptants avaient sciemment caché l'existence d'un enfant légitime, conçu plus de 180 jours avant le recueil, une tierce-opposition contre le jugement serait possible pour fraude, et ce pendant 30 ans. Il faut reconnaître que cette hypothèse est bien peu plausible.

181. - Une autre difficulté réside dans le sens qu'il faut donner aux mots "accueil au foyer". S'agit-il du recueil par un homme et une femme vivant maritalement ou plus strictement d'un couple uni par les liens du mariage ?

La Cour de Paris (97), dans une interpré-

96 - infra n° 288

97 - Paris 23 févr. 1963, D. 1964 somm. 1 ; J.C.P. 1963. II.13171 note P.E. ; rev. trim. 1963 p. 707 obs. Desbois., Party et Raynaud., Traité 2ème éd. Tome I 2ème vol. n° 466 note 3 ; La Harrière., S.P.E. janv. 1963 p. 31, mais cet arrêt a été cassé (pour vice de forme) par la Cour de Cass. 26 nov. 1964. Bull. Cass. I. n° 519 p. 402.

tation particulièrement rigoureuse, a jugé que ne pouvait être considéré comme un accueil au foyer, l'accueil antérieur au mariage des parents ; de sorte que la légitimation résultant du mariage faisait obstacle à l'adoption de l'enfant ; le recueil devait être alors considéré comme "concomittant" à la légitimation et non antérieur comme l'exige la loi.

Le législateur ne précise pas à quelle date doit s'apprécier la présence des enfants légitimes. Il semble que l'on puisse se référer à la solution donnée antérieurement par l'article 344 alinéa 3 (ordonnance du 23 décembre 1958) et apprécier cette condition au jour de la requête en adoption (28).

Ainsi en pratique, peu de problèmes nouveaux se poseront quant à l'application du principe général posé par l'article 345-1.

3°) L'exception au principe : la dispense du Président de la République.

182. - L'originalité de la loi de 1966 est de permettre l'adoption en présence d'enfants légitimes, sans l'enfermer dans un cadre trop précis, afin de donner une solution satisfaisante aux situations de fait, aux cas d'espèce émouvants, mais trop variés. pour qu'il soit possible de les embrasser tous par des dispositions particulières.

- cas de familles légitimes aux nombreux enfants, qui, en ayant recueilli un de leur propre initiative ou par l'intermédiaire des services sociaux à l'enfance, l'ont élevé depuis plusieurs années, l'ont assimilé et désireraient parfaire ce processus, en lui donnant leur nom et en le faisant juridiquement le leur.

- cas de l'orphelin recueilli (99) par des voisins, des amis, dans un geste de solidarité naturelle, sans intention d'adopter à l'origine.

- cas de l'enfant abandonné chez une nourrice rémunérée, qui s'est attachée à lui et veut le garder (100).

Ces exemples et d'autres ont servi de toile de fond aux débats ; les parlementaires ou les sénateurs ne pouvaient oublier l'anxiété des familles qui attendaient d'eux une solution équitable.

La dispense accordée par le Président de la République constitue une procédure qui existait déjà dans le droit de l'adoption et permettait dès avant 1966 d'obtenir une diminution de la différence d'âge exigée entre adoptant et adopté (101). Elle se retrouve dans le

99 - Mme Vaillant-Couturier (débat Parl. séance du 18/1965 p. 4694) évoque un cas sans doute peu courant, celui de la mère célibataire, qui meurt au cours de l'accouchement, sans avoir reconnu son enfant, et pour lequel les grand-parents sont des étrangers, qui ne peuvent même pas l'adopter s'ils ont des enfants légitimes.

100 - cette forme d'adoption est préconisée par les médecins, car elle n'est la cause d'aucun arrachement pour l'enfant.

101 - art. 344 al. 2 du C.C. (loi du 8 août 1941) conservé par la loi du 11 juillet 1966.

droit de la famille et permet, pour des causes graves, de lever la prohibition du mariage entre certains parents ou alliés (102) et l'interdiction pour un garçon de se marier avant 18 ans, pour une fille avant 15 ans (103).

Elle présente des avantages certains de souplesse, d'adaptation aux espèces très diverses et mouvantes qui peuvent se présenter, mais des inconvénients aussi.

L'instruction du dossier est faite par les services de la Chancellerie, par l'intermédiaire des parquets (104). Le procureur de la République du domicile des demandeurs effectue une enquête et donne son avis. Un premier filtrage est ainsi opéré, sur quels critères repose-t-il ?

Le dossier instruit est transmis à la Présidence, les délais sont longs, peu de dossiers ont reçu un avis favorable sous la Présidence du Général De Gaulle; toutefois, un nouvel examen des demandes en instance paraît être fait par M. le Président Pompidou et donne lieu à des solutions positives ; la moitié environ des dossiers refusés aurait obtenu, à l'heure actuelle, la dispense demandée. Cependant, il est impossible de connaître exactement tant le nombre des demandes présen-

102 - art. 161 - 162 - 163 - 164 du C.C.

103 - art. 144 et 145 du C.C.

104 - la demande doit être adressée soit au procureur de la République, soit directement au ministère de la Justice (Direction des Affaires Civiles et du Sceau).

tées, que celui des demandes acceptées, non plus que les critères retenus, tout au moins par les voies officielles.

Sans penser comme Madame ~~Elm~~, que la dispense peut devenir une "faveur" octroyée au demandeur (105), il faut bien reconnaître que la solution dépend finalement de l'optique en matière familiale du Président de la République lui-même (106).

Une décision rendue par le tribunal de grande instance (107), spécialement dans le cadre d'une chambre familiale, n'aurait-elle pas présenté plus de garanties et d'avantages ? En particulier, la possibilité d'un contact direct avec la famille et l'enfant serait remplie d'enseignements ; ce contact serait plus humain que la seule étude d'un dossier, dont la présentation peut être déterminante.

105 - Déb. Ass. Nat. 14 juin 1966, J.O. p. 2.025.

106 - ce qui n'est pas le cas, lorsqu'il s'agit d'une simple dispense concernant l'âge, en matière de mariage.

107 - solution retenue par le droit allemand.

CHAPITRE II

LES CONDITIONS TENANT A LA PERSONNE DES ADOPTANTS

183. - Elles sont dominées par le souci de ne confier un enfant qu'à une ou deux personnes présentant les qualités physiques et morales pour l'élever.

Il est certes difficile d'apprécier par avance et dans l'abstrait si telle personne, tel couple seront de "bons parents" (1), s'ils réussiront avec tel enfant.

Cependant, à une époque où le législateur intervient de plus en plus dans la vie de la famille et s'arroge le droit, au nom de l'intérêt de l'enfant, d'en contrôler certains aspects, il est normal qu'il exige

1 - Docteur Soule. "Protection de la personne des mineurs et interventions psycho-sociales, administratives et judiciaires". Congrès de Poitiers. Sauv. Enf. 1966 - janv/mars.

du ou des adoptants le maximum de garanties (2), et cela, d'autant plus qu'aucun lien familial ne les lie à l'enfant.

§ 1 - LE DOSSIER DE DEMANDE

184. - La réglementation concernant l'adoption des pupilles de l'Etat a été reprise et refondue dans le décret d'application du 12 janvier 1967 (3), celle concernant l'adoption des enfants accueillis par des intermédiaires autorisés, dans un autre décret de la même date (4).

Toute demande d'adoption d'un pupille doit être adressée au Préfet ; en pratique, elle comprend une fiche très complète concernant l'état-civil (5), les ressources, l'appartement, le genre de vie des candidats adoptants, ainsi que des renseignements sur les membres de leur famille (parents, frères, soeurs...) et sur leur position vis à vis de l'adoption envisagée ; un certificat médical datant de moins de 3 mois, attestant que ni les candidats adoptants, ni les personnes vivant au foyer ne sont atteintes d'une affection susceptible de nuire à l'enfant : ce certificat est délivré au vue d'une

2 - Certains soutiennent même que l'A.S.E. est si difficile pour "sélectionner" les candidats adoptants, que peu de parents par le sang verraient leur candidature retenue.

3 - n° 67-44 . J.O. du 13/1/67.

4 - n° 67-45 . J.O. du 13/1/67.

5 - accompagnée d'un acte de naissance, éventuellement d'un acte de mariage, et d'un extrait du casier judiciaire. Souvent l'administration demande une photographie, même d'amateur.

radioscopie pulmonaire et d'un examen sérologique. En pratique, le candidat adoptant est presque toujours reçu dans le service d'Aide sociale par le directeur ou un inspecteur, qui s'efforcera, au cours d'entretiens préliminaires de dégager les premiers éléments d'appréciation.

Lorsqu'il s'agit d'une adoption par l'intermédiaire d'une oeuvre, le processus est à peu près le même, mais les renseignements sont recueillis directement, sous une forme peut-être moins administrative, par la directrice de l'oeuvre ou sa collaboratrice immédiate, au cours d'une ou plusieurs entrevues (6).

La demande dûment enregistrée par l'Aide sociale ou acceptée par l'oeuvre (7), il sera procédé à une enquête sociale ; le décret relatif au fonctionnement des oeuvres, précise qu'elle doit être confiée à un assistant ou une assistante sociale qualifiée (8).

Cette exigence de qualification est une source de difficultés pour les intermédiaires agréés, qui ne peuvent généralement s'assurer le concours à plein temps d'une assistante sociale, et qui font remarquer, en outre, que leurs cadres (présidente de l'oeuvre et ses collaboratrices proches), bien que non obligatoi-

6 - Il est bien rare que le ou les candidats adoptants ne soient pas reçus au moins une fois par un fonctionnaire de l'A.S.E., avant de commencer leurs démarches, toutefois, le Dr Launay note (l'adoption op. cit. p. 111) que le fonctionnement des oeuvres privées permet des conversations plus confiantes, un contact meilleur.

7 - Vu le peu d'enfants adoptables, et le nombre des demandes enregistrées, la plupart des oeuvres et l'A.S.E. du département de la Seine, ne constituent actuellement aucun dossier nouveau.

8 - décret n° 67-45 art. 6.

rement diplômées, présentent autant de garanties et beaucoup plus d'expérience qu'une jeune assistante sociale fraîchement diplômée (9).

Une enquête sociale bien faite doit comporter au moins une conversation au bureau de l'assistante sociale avec le ou les adoptants, pris ensemble et séparément ; puis se continuer dans le quartier, éventuellement dans le milieu de travail et se terminer par une visite au domicile des candidats adoptants (10).

Le travail de l'assistante sociale est capital, car c'est sur la base de son rapport, formé d'éléments plus vivants et plus étoffés qu'un simple formulaire, qu'une première sélection est faite parmi les postulants à l'adoption (11).

L'enquête doit porter "sur les garanties morales, familiales et d'éducation que les adoptants éventuels peuvent procurer à l'enfant, sur les conditions de leur logement et sur les ressources permettant d'assurer

-
- 9 - Il est essentiel que l'assistante sociale soit spécialisée et ait reçu une formation particulière. L'Association Nationale des Associations Familiales avait réclamé dans un rapport du 6/1/1954 qu'il soit créé un comité technique départemental consultatif de l'Assistance à l'enfance et à l'adoption, composé d'un administrateur de l'A.S.E., d'un médecin compétent en neuropsychiatrie et d'une assistante sociale. Cette commission aurait été chargée de recueillir les informations sur les adoptants éventuels et les enfants et d'en informer le tribunal ; elle aurait eu un droit de regard sur les enquêtes faites par les Oeuvres.
Dr Launay "l'adoption" 1ère éd. 1954 p. 120.
- 10 - Vérification des conditions de logement, surface, salubrité, hygiène ; par exemple, l'enfant aura-t-il une chambre pour lui seul ?
- 11 - Avant 1963, l'équipe chargée de la sélection des parents adoptants pouvait au vu du dossier et de l'enquête sociale prendre trois décisions : rejet immédiat, acceptation d'emblée, renvoi au service médical.

l'avenir de l'enfant" (12). Il est assez remarquable de noter que le législateur fait passer dans cette énumération, les qualités morales ou éducatives des adoptants, avant leur situation sociale.

Ces exigences antérieures à la loi de 1966 apparaissaient comme insuffisantes pour certains spécialistes de l'adoption ; ils estimaient en effet que l'instruction des dossiers ainsi faite ne permettait pas de déceler les troubles profonds du comportement, les motivations véritables et cachées de l'adoption : "attirance pour la déficience et la disgrâce, assouvissement d'un instinct dominateur, ... enfant-distraction, enfant-bouée de sauvetage, enfant-placement..." (13).

185. - Aussi dès 1963 (14) et surtout depuis la réforme de 1966 (15), le dossier doit comprendre en plus une attestation émanant d'un médecin neuropsychiatre et constatant l'absence d'inconvénients d'ordre psychologique au projet d'adoption. Ce médecin sera librement

12 - Décrets n° 67-44 art. 4 et n° 67-45 art. 6.

13 - Bieder "l'examen des adoptants", in l'information psychiatrique mars 1966 n° 3 p. 241.

14 - Un décret n° 64-486 du 10 mai 1963, (J.O. du 10/5/1963) (article 8) exigeait des candidats adoptants "une attestation constatant qu'il ne paraît pas exister d'inconvénients d'ordre psychologique à la réalisation de leur projet". Il ne semble pas que ce décret ait été appliqué avec beaucoup de zèle.

15 - art. 4 al. 3 du décret n° 67-44 du 12/1/67 - art. 6 al. 3 du décret n° 67-45 - art. 5 de l'arrêté du 25/1/67.

choisi sur une liste établie par le Préfet (16), sur proposition du médecin inspecteur départemental de la santé ; cette liste comprendra des neuropsychiatres qualifiés (17) et des médecins attachés à un dispensaire d'hygiène mentale.

Le praticien est soumis à des obligations précises : vérifier l'identité de la personne ou du couple, insérer son diagnostic dans une formule obligatoire (18) envoyer la dite attestation au médecin inspecteur départemental de la santé du département où l'enfant sera accueilli et informer le Préfet de l'avis donné.

-
- 16 - art. al. 2 de l'arrêté du 25/1/67 ; Cette liste comportera au minimum 3 noms de médecins, exerçant dans le département ou un département limitrophe, lorsque la population est inférieure à 400.000 habitants et au minimum 6 noms dans les autres. La possibilité d'inscrire sur la liste un ou plusieurs praticiens dans un département limitrophe a pour but d'entourer éventuellement la démarche des adoptants de discrétion et de faciliter leur libre choix (Circulaire du 7/2/1967.II al. 2). Cette liste est tenue à la disposition des intéressés à la Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale.
- 17 - La circulaire du 7/2/1967 (J.O. 5 mars 1967 p. 2229 et J.C.P. 1967 III n° 32831) (II al. 2) recommande au médecin inspecteur de la santé d'établir ses propositions en fonction non seulement de la compétence générale des praticiens en neuropsychiatrie, mais également, dans toute la mesure du possible, de l'expérience qu'ils peuvent avoir des problèmes de l'adoption.
- 18 - art. 5 al. 4 de l'arrêté du 25 janv. 1967 : "en conséquence, il ne paraît pas exister d'inconvénients (ou il paraît exister des inconvénients) d'ordre psychologique à la réalisation du projet d'adoption formé par M. (Mme, Mlle ou par M. et Mme ...) il y a là une entorse au secret professionnel. Pour le certificat prénuptial, le législateur n'est pas allé jusqu'à l'obligation pour le médecin de formuler par écrit son diagnostic, il a seulement un rôle de conseiller.

- 300 -

Certains (19) auraient préféré que cet examen soit toujours confié aux psychiatres des dispensaires d'hygiène mentale, qui sont, d'une part, mieux familiarisés avec le problème des enfants abandonnés que les médecins faisant de la clientèle privée, et ont, d'autre part, l'habitude de confronter leurs points de vue avec des psychologues, des éducateurs, des travailleurs sociaux. L'examen psychologique des adoptants et l'enquête familiale ne devraient pas constituer en effet des actes isolés et complets par eux mêmes, mais des mesures faisant partie d'un ensemble dynamique tendant à "évaluer" les parents adoptifs.

Le principe même de l'examen est discuté, certains médecins estimant qu'ils n'ont pas à décerner de "certificat de bonne santé mentale" et que leur rôle est plutôt celui d'un conseiller de l'équipe chargée de l'adoption (20) ; d'autres, au contraire, s'accordent pour reconnaître son utilité (21) et sa difficulté, la

19 - J. Bieder, op. cit. p. 241 ; Mme Noel-Bonnet "La sélection des parents adoptifs" thèse médecine, Paris 1959 p. 66.

20 - Dr Launay, op. cit. 1968 p. 115.

21 - Mme Frezoule et Mlle Picquenard, administrateurs civils y sont opposées (Sauv. mai 1951) le Docteur Launay estime qu'il ne devrait être obligatoire que dans certains cas (Sauv. janv/mars 1966).

En revanche, y sont favorables le Dr Alliez, chargé de cours à la Faculté de Médecine de Marseille et Mme J.M. Jaur, directrice de l'Institut de Psychologie appliquée de Marseille, ainsi que MM. Heuyer, Desclaux et Mlle Teyssère, qui ont publié une étude basée sur les résultats d'une consultation médico-pédagogique (Sauv. mai 1951). M. Savatier dans le même numéro spécial de Sauv. : estime qu'un examen médical approfondi des deux parties s'impose, par analogie avec l'examen médical pré-nuptial.

loi obligeant à établir un pronostic quant à la valeur des relations qui vont s'établir dans la nouvelle situation créée par l'adoption (22).

Si les candidats adoptants obtiennent une attestation favorable à leur projet, et que leur dossier soit complet, ils recevront de l'Aide Sociale, une notification les informant que leur candidature est retenue. Une longue attente commencera alors pour eux (23), soutenue par l'espoir de la réception de l'avis les informant qu'un enfant les attend.

Lorsqu'il s'agit d'un enfant recueilli par une oeuvre, les futurs adoptants doivent adresser au Préfet de leur résidence, sous le timbre de la Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale une demande accompagnée de l'enquête sociale, des certificats médicaux, d'un extrait de casier judiciaire et des autres renseignements obligatoires. Dans le mois qui suivra, le Préfet fera contrôler les renseignements sur place, par un assistant du service social ; s'il ne manifeste pas d'opposition, dans le délai d'un mois, l'oeuvre pourra remettre l'enfant aux futurs adoptants.

§ 2 - LES CONDITIONS EXIGÉES

186. - Cette étude sera faite en tenant compte de l'ordre chronologique établi par le législateur lui-même : enquête sociale, visite chez le neuropsychiatre et des termes de la mission de l'assistante sociale (24), étant

22 - Professeur Lafon, congrès de Poitiers Sauv. Enf.
janv/mars 1966.

23 - jusqu'à 3 ans.

24 - supra n° 184.

entendu, d'ores et déjà, que le médecin a une mission générale de contrôle, mais aussi d'information.

1°) Garanties morales et familiales

Contrairement à une opinion heureusement disparue "n'importe qui n'est pas assez bon pour élever un enfant abandonné" (25) et il est préférable de laisser un enfant dans une collectivité, plutôt que de le confier à une famille néfaste. Le seul désir d'adopter ne peut constituer en soi une garantie suffisante, il faut s'assurer, avant de confier un enfant à une famille, que le maximum de conditions favorables sont réunies.

L'enquête sociale doit permettre d'apercevoir tout d'abord les motivations de l'adoption envisagée ; les mêmes motifs exprimés pouvant recouvrir des réalités affectives bien différentes, d'autant plus que les candidats adoptants sont tous pratiquement au courant de ce qu'il convient de dire !

Sont le plus souvent invoqués (26) : l'affection disponible, l'inutilité d'une vie solitaire ou sans descendance (27) ; remplacer un enfant perdu (28) ;

25 - J. Bieder op. cit. p. 241.

26 - d'après Mme Noël-Bonnet op. cit. p. 30 et s.

27 - motif rarement invoqué par un couple, sauf si très âgé, doit inciter à la prudence.

28 - La frustration d'amour imposée par le deuil n'a-t-elle pas atteint les secteurs fondamentaux de la personnalité? Il faut s'assurer que les parents sont désireux de nouer activement et non passivement, comme distraction à leur chagrin, une relation affective et vivante.

transmettre une affaire ou un héritage (29) ; apporter le bonheur à un petit déshérité (30) ; avoir un enfant pour fonder une famille normale. Ce désir est le plus naturel et c'est dans cette perspective de continuation d'une famille, que l'enfant trouvera le mieux sa chance d'être aimé et admis dans l'existence.

D'autres motifs, inavoués ceux-là, devront être décelés : retenir un mari qui s'éloigne, occuper une épouse qui s'ennuie, ou raffermir sa santé qu'altère l'angoisse de la stérilité (31).

Il faut aussi découvrir les raisons véritables des préférences des adoptants, quant au sexe de l'enfant (32), quant à son âge (33), quant à son

-
- 29 - Ce motif constitue un empêchement s'il ne laisse pas de place au désintéressement. Dans ce cas, la réussite de l'adoption dépend des capacités intellectuelles de l'enfant.
 - 30 - motif généreux, à première vue, mais qui peut traduire une attitude de pitié incompatible avec le respect et l'amour nécessaires pour élever un enfant.
 - 31 - "L'expérience montre que la préoccupation majeure de l'époux lésé ou inquiet demeure (le plus souvent) le comportement de l'autre conjoint et qu'il ne lui reste que rarement assez d'amour ou de sérénité pour élever un enfant". Mme Noël-Bonnet op. cit. p. 35.
 - 32 - Un certain nombre de demandes concerne des filles, réputées plus faciles à élever. Cette préférence peut recouvrir aussi un refus de transmettre "le nom" à un enfant inconnu ou le refus, par une femme seule surtout, "des hommes et de la féminité consentante". Mme Noël-Bonnet op. cit. p. 40.
 - 33 - Il est normal qu'un couple jeune désire recueillir un jeune enfant. Un désir contraire pourrait recouvrir la raison inavouée de laisser à l'enfant le temps de faire la preuve de "son bon teint", ou de sa normalité, de sa propreté, de son intelligence... ou un certain égoïsme : recevoir un enfant à moitié élevé.

type (34). Certes l'existence d'une préférence ne constitue pas, en soi, une contre indication absolue et dans la mesure où elle est jugée naturelle et admissible, il faut essayer de la satisfaire ; mais si elle constitue une exigence, dont les motivations paraissent suspectes, il y a lieu de s'opposer à l'adoption.

L'enquête sociale doit porter également sur la moralité, le genre de vie, les goûts des adoptants ; la stabilité et l'entente du couple, l'équilibre et l'insertion sociale du célibataire, la position de la famille vis à vis du projet d'adoption (hostilité, réticences, compréhension...). En effet, il est important que le mineur entre complètement dans une famille et ne soit pas seulement adopté affectivement par un seul ou par un couple ; la conscience d'appartenir à un groupe familial donnera à l'enfant un sentiment profond de stabilité et lui permettrait, dans le cas de disparition prématurée des adoptants, de ne pas courir le risque d'être abandonné une deuxième fois.

Si la réforme de 1966 a donné à l'enfant adopté, les mêmes droits et les mêmes devoirs, dans la famille de l'adoptant, qu'à un enfant légitime, cette amélioration ne présente d'intérêt que dans la mesure où elle s'accompagne d'une acceptation libre des intéressés, donnant la primauté aux relations affectives.

34 - Les candidats adoptants sont-ils prêts à accepter un enfant de couleur ? un métis ? sinon pour quelles raisons ? A l'opposé l'attirance morbide pour un tel enfant peut être celle de gens au jugement faux, qui désirent passionnément arracher un enfant au "vice", ou "sauver une âme".

2°) Capacités éducatives

187. - L'expérience montre que de nombreux échecs sont dûs à l'absence de qualités éducatives chez les adoptants (35). Les maladresses, les erreurs éducatives sont souvent à l'origine des troubles du comportement et du caractère, de conflits familiaux qui ont des conséquences dramatiques à l'époque de l'adolescence : instabilité, opposition, révolte contre la société, vols, fugues....

Pour les spécialistes, psychiatres et juges des tribunaux pour enfants, les attitudes néfastes les plus couramment rencontrées se ramènent à quelques unes :

- La faiblesse des adoptants, à craindre spécialement lorsqu'ils sont déjà âgés.

- Leur démission devant les difficultés apparaissant à l'époque de la puberté ; leur découragement devant les réactions d'un enfant dont l'hérédité, les tendances leur sont inconnues.

- La peur de l'hérédité nocive, qui fait voir "le vice, les tares, les mauvais penchants" dans la plus petite réaction d'opposition.

- L'ambition déçue, se traduisant par une sévérité excessive et pouvant aller jusqu'au rejet, soit que les adoptants attendaient de l'adopté un senti-

35 - Importance de la valeur éducative des adoptants pour la réussite de l'adoption : Juge Cassal Gaz. Pal. 1949 I. op. cit. p. 50 . Savatier D. 1949 op. cit. p. 117 - Flaniol et Ribert, Tome II par Fouast 2ème éd. n° 1061 p. 919.

ment de reconnaissance, soit que ce dernier n'ait pas répondu aux projets d'ordre social ou intellectuel, formés pour lui (36).

- La crainte de révéler à l'enfant sa condition.

- Enfin d'une façon générale, l'absence de préparation des adoptants à leur rôle de parents ; il serait souhaitable que ceux-ci, s'ils ne l'ont pas encore fait, soient encouragés, pendant la période d'attente, à participer aux réunions de l'Ecole des parents et des Associations de parents adoptifs.

En tous cas, il appartient aux travailleurs sociaux de déceler et de décourager les candidats incapables d'admettre un enfant tel qu'il est et de l'élever pour lui même, avec un minimum de fermeté éducative et un maximum de compréhension et d'amour, en se rappelant, que l'intégration d'un enfant dans une famille adoptive réclame des adoptants des aptitudes et une qualité affective encore plus grandes que celles nécessaires à des parents par le sang.

La troisième partie de l'enquête sociale, la plus facile sans doute, a pour objet l'appréciation du niveau de vie des candidats adoptants.

36 - Très souvent, il semble que les parents adoptifs se montrent plus exigeants, vis à vis de l'adopté, dont ils se sont faits une conception idéale, qu'ils ne l'auraient été vis à vis de leur propre enfant légitime.

3°) Situation sociale

188. - Il a été reproché à l'adoption d'être réservée en fait à une classe sociale (37). Il est constant que les familles qui adoptent ont généralement un niveau de vie assez élevé (38).

La raison de cette situation doit-elle être recherchée dans l'état d'esprit de défiance de certains milieux, état d'esprit dû à un manque d'information, ou plutôt dans l'absence de moyens financiers ?

L'Aide sociale à l'Enfance, les oeuvres d'adoption, interrogées à ce sujet, déclarent que le niveau de la famille n'est pas à leurs yeux déterminant, que toutefois, il ne serait pas bon de confier un enfant à une famille pour laquelle cette charge serait trop lourde. Le législateur lui-même précise que la famille doit avoir des ressources suffisantes "pour assurer l'avenir de l'enfant" (39), ce qui, semble-t-il, doit s'entendre : être en mesure de lui donner une formation professionnelle compatible avec ses goûts et ses aptitudes.

37 - "La légitimation adoptive est une institution de la bourgeoisie plus particulièrement de la bourgeoisie libérale mais aussi commerçante. Elle concerne les classes aisées, très exceptionnellement, les milieux ouvriers et ruraux, mais gagne de plus en plus les milieux moyens (cadres moyens et employés)" M.P. Marmier op. cit. p. 100.

38 - M. Veliousky estimait en 1952 qu'on se préoccupait surtout de l'aisance des légitimants (op. cit. p. 100).

39 - décret d'application n° 67-45 art. 6.

En outre, il est recommandé à la mère adoptive, principalement lorsqu'il s'agit de l'adoption d'un tout jeune enfant, de l'élever elle-même au moins jusqu'à l'âge du jardin d'enfants (40) : or cette exigence, qui correspond au désir profond de remplir la fonction maternelle, sous-entend que le salaire du père soit suffisant pour assurer l'entretien de la famille (41).

Si, comme nous venons de le voir, les moyens financiers des adoptants tiennent une place non négligeable pour la réussite de leur démarche, il est certain aussi, que le recueil d'un enfant inconnu exige au préalable, une possibilité d'information, une prise de conscience des problèmes (42), qui est plus facile dans un milieu social plus élevé.

En tous cas, l'évolution socio-juridique actuelle tend de plus en plus à faire passer au deuxième plan les moyens financiers des futurs adoptants, car il est reconnu que le premier besoin de l'enfant est d'avoir une famille, d'où "l'aptitude des adoptants doit être mesurée à leur capacité de donner un foyer familial véritable et complet à l'adopté" (43).

40 - Importance très grande du lien affectif ainsi formé pour la réussite de l'adoption.

41 - d'après M.P. Larmier "dans 50 % des dossiers examinés, dans 40 % des interviews réalisées, la femme n'a jamais travaillé ; elle a quitté son travail lors du recueil de l'enfant respectivement dans 22 et 40% des cas".

42 - Cette prise de conscience n'a pas le même caractère d'acuité, lorsqu'il s'agit de traduire juridiquement une greffe affective déjà réalisée.

43 - "Le droit naturel et l'adoption" par Pierre Pescatore p. 62 in de "Perspectives chrétiennes sur l'adoption" op. cit. - Au Canada, le critère choisi pour juger des qualités des adoptants est celui du climat affectif du foyer. S.P.E. mai 1951 p. 51.

4°) Garanties médicales et psychologiques

a) Leur contrôle

189. - S'il était admis depuis toujours qu'un enfant ne pouvait être confié à une famille dont la santé physique laissait à désirer, il a fallu attendre 1963 et surtout 1966 (44) pour que le législateur reconnaisse également que la santé mentale importait tout autant pour la réussite de l'adoption.

Auparavant, l'appréciation de la valeur des parents adoptifs dépendait essentiellement des qualités d'intuition, de l'expérience conjuguée du fonctionnaire préposé aux adoptions et de l'assistante sociale elle-même, lorsqu'il s'agissait d'un pupille, de la compétence et du discernement des responsables, s'il s'agissait d'un enfant recueilli par une oeuvre.

Toutefois, dès 1952, une expérience intéressante avait été tentée par les services de l'Assistance Publique de la Seine ; à partir de cette date tous les dossiers d'adoption nécessitant une information supplémentaire furent soumis à la consultation de neuro-psychiatrie infantile de l'hôpital Saint-Vincent-de-Paul, en étroite liaison avec les services administratifs (45). Cette formule avait l'avantage de permettre au médecin de prendre connaissance du dossier, en particulier des

44 - supra n° 185.

45 - Mme Noël-Bonnet op. cit. p. 24 et s. en établit un bilan positif.

résultats de l'enquête sociale. Sa mise en pratique aurait pu présenter des difficultés, des oppositions, lorsque l'adoption est réalisée par l'intermédiaire d'une oeuvre, aussi le législateur a prévu une formule plus souple (46).

Dorénavant, il appartient au neuro-psychiatre (seul ou en équipe) de déceler les motifs véritables de l'adoption, compte tenu de l'âge des postulants, de la constitution du couple et de l'origine de sa stérilité, des raisons profondes du célibat. Cependant, pour que la consultation soit complète, il faudrait absolument que le médecin ait communication préalable de l'enquête sociale.

Le médecin se montrera certainement très circonspect, lorsqu'il s'agira de l'adoption par une seule personne (47) ; s'il s'agit d'une femme, a-t-elle peur de vieillir seule ? refuse-t-elle l'idée du mariage, tout en voulant un enfant bien à elle (48) ? S'il s'agit d'un homme, l'expérience montre que ce désir dissi-

46 - supra n° 185.

47 - Savatier : op. cit. D. 1949 chr . 117 II.

48 - Selon le Docteur B. This "quand une femme (seule) adopte, derrière les raisons altruistes, oblatives, charitables, surtout si elles sont proclamées avec énergie, se cachent presque toujours des motivations inconscientes, mais terriblement agissantes qui mènent l'entreprise adoptive vers des catastrophes inutiles". "L'adoption", op. cit. p. 124.

mule toujours un problème grave, sauf si le postulant adopte son enfant naturel ou veut faire d'un grand adolescent son successeur.

Pour être complète, la mission du médecin devrait comporter, malgré le silence de la loi sur ce point, une information des futurs adoptants sur les problèmes objectifs et spécifiques posés par l'éducation d'un enfant adopté : en particulier, problèmes de l'hérédité et de la révélation des origines.

b) L'utilité d'une information des adoptants.

190. - L'hérédité inquiète, et dans une certaine mesure, à juste titre, les futurs adoptants. Selon Madame Noël-Bonnet (49), il est nécessaire de les informer, afin de les débarrasser des inquiétudes superflues et de leur donner les éléments réels du problème, tout en sondant leurs capacités de compréhension, leurs connaissances des difficultés réelles que présente l'éducation de tout enfant même très normal.

Les craintes les plus vives des adoptants concernent, non les tares physiques (qu'ils pensent être éliminées par les examens médicaux pratiqués), ni même les possibles défaillances intellectuelles (qui sont pourtant un risque réel) , mais l'hérédité du caractère, la crainte des mauvais penchants, mère inaffective et légère, père peu intéressant...

Le médecin, sur ce point, ne peut rien promettre, il faut que les parents adoptifs assument ce risque, sinon ils doivent renoncer à adopter.

49 - op.cit. p. 53cf. supra les garanties médicales et psychologiques concernant l'enfant n° 161 et s.

191. - La révélation à l'enfant de ses origines.

Suivant l'expression très vraie de M.

Simmerman "révéler à l'enfant adopté à un moment de sa vie qu'il n'est pas leur enfant, constitue pour les parents adoptifs à la fois un acte de courage, de renoncement peut-être et un sacrifice " (50). Mais il est impossible d'admettre qu'un être humain puisse vivre toute son existence, dans l'ignorance des conditions de sa naissance.

Certes, il y a une contradiction apparente entre ce conseil de révélation et le soin avec lequel le législateur veut effacer le lien naturel dans les actes d'état-civil; mais ce souci a pour but de protéger la famille adoptive vis à vis des tiers, et non d'inciter les adoptants à un silence inopportun (51). Les adoptants qui refusent de dire la vérité, dans la crainte, par exemple, d'être moins aimés (52), construisent toute la vie familiale sur un mensonge permanent, qui s'accompagne de la crainte que l'enfant ne l'apprenne un jour.

La conduite naturelle, celle préconisée aussi bien par les Associations de parents adoptifs(53),

50 - Déb. Parl. Ass. Nat. 1965-66 p. 4690

51 - Rapport Simmerman n° 1665 p. 773 et infra, l'acte de naissance de l'adopté, IIème Partie n° 327 et s.

52 - Cette anxiété plus ou moins consciente est liée pour les spécialistes à la non acceptation de la stérilité, avec tous les problèmes psychologiques qui s'en suivent. (Sauv. Enf. mai 1951 p. 379 - "Doit-on révéler à l'enfant les conditions de sa naissance ?" Dr Lounay et Schallow).

53 - "Rôle social de l'adoption" par M. Versiati, Président de l'Association Nationale Familiale des Foyers adoptifs (Vie sociale 1964 n° 12 p. 494) - "Physionomie de l'adoption" par M. Trumet (L'Ecole des parents, op. cit.).

que par les médecins, est celle non d'une révélation solennelle, qui pourrait traumatiser l'enfant et surtout l'adolescent, mais d'une vérité permanente, qui consiste "à élever l'enfant dans sa condition d'adopté" (54) et "à faire apparaître sa situation un peu trouble au premier abord, comme privilégiée" (55).

En revanche, si l'enfant vient à soupçonner sa condition, (sentiment vague et confus, souvenirs...) ce qui arrive plus souvent qu'on ne croit, ou s'il l'apprend d'étrangers, les conséquences peuvent en être dramatiques (56). "Le fait même que ceux qu'il considère comme les assises de son existence n'osent pas aborder la question confère à l'adoption qu'il pressent un caractère monstrueux, dont l'image peu à peu le désaxera et avec lui toute la famille" (57).

Le médecin pourra ainsi expliquer, que si la révélation tardive, se solde souvent par l'échec de l'adoption "on m'a menti", la révélation faite à l'enfant jeune lui donne un sentiment accru de sécurité et même de reconnaissance "tu m'as choisi" (58).

Ainsi le rôle du psychiatre ne doit pas se limiter à un dépistage des adoptions néfastes, mais il doit aider les candidats adoptants à prendre conscien-

54 - Dr Launay éd. 1961 op. cit. chapitre 6.

55 - "J'ai adopté un enfant" par Anne Michel, Grand Prix Vérité Paris 1961 p. 110.

56 - apathie, inadaptation scolaire, mensonges, fugues ; selon une étude faite par H. C. Guenoun op. cit. ; révélation faite entre 10 et 15 ans : 20 % d'échecs ; vers 5 ans 7,5 % ; révélation accidentelle : 50 % d'échecs et 25 % de difficultés.

57 - Anne Michel op. cit. p. 108.

58 - Dr Launay, op. cit. chap. 6.

ce des problèmes qui les attendent (59).

Il faut que l'adoptant ait posé sa décision et prévu ce qu'elle comporte pour l'avenir ; qu'il se soit informé, qu'il ait conversé avec d'autres adoptants et soit persuadé que leur expérience lui est non seulement utile, mais indispensable (60) ; enfin qu'il n'hésite pas à recourir à un médecin en cas de nécessité.

3 - LA DECISION FINALE

192. - Le législateur a ainsi minutieusement prévu "la sélection des parents adoptifs", tout en organisant un contrôle de la santé physique et psychique des enfants, mais il laisse sous silence "les critères du rapprochement parents-enfants". Ils reposent sur l'expérience et l'intuition des fonctionnaires de l'Aide sociale à l'Enfance contrôlées par le conseil de famille des pupilles (61), sur celles des intermédiaires agréés, soumis au contrôle de l'Aide sociale et en dernier ressort, pour tous les enfants, y compris ceux qui sont recueillis directement, sur l'appréciation souveraine des juges du tribunal de grande instance.

Indépendamment des aptitudes éducatives et des conditions, légales, l'Aide sociale tient compte pour placer l'enfant de ses particularités physiques et de celles de ses parents, lorsqu'elles sont connues (62) :

59 - Dr Ferge "La sélection des parents adoptifs" in Sauv. enf. 1966 janv/mars et Mme Noël - Bonnet op. cit. p. 25.

60 - L'Association Familiale Nationale des Foyers Adoptifs, 5, rue Changarnier à Paris 9ème, regroupe les familles adoptives, donne des conférences, organise des réunions de parents adoptifs...

61 - a. 65 et 65-1 nouveaux du Code Fam. et A.S.

62 - un portrait physique sommaire de la mère est toujours brossé par la préposée aux abandons.

un enfant blond aux yeux bleus ne sera pas donné, autant que possible, à des parents très bruns, sauf cas particuliers du placement des enfants métis, nord-africains (63) ou noirs.

La plupart des oeuvres vont plus loin elles ne placent jamais un enfant dans un milieu socialement inférieur, "trouvant cela juste" ; certaines, mêmes, essayent d'assortir la profession, le niveau intellectuel, le milieu d'origine... (64) avec celui de la famille de recueil, pensant que les dispositions naturelles de l'enfant se développeront ainsi plus harmonieusement (65) ; enfin, les oeuvres, même non confessionnelles, tiennent toujours compte des désirs de la mère en matière de religion (66).

Le Cycle d'Etude Européen sur l'adoption entre pays (67) a consacré une partie de ses travaux à ce problème en soulignant que le processus du "casework" (68) était applicable aussi bien en matière d'adoption entre pays, qu'en matière d'adoption à l'intérieur de chaque pays (69). Des recommandations ont été publiées, elles concernant plus spécialement la façon de déterminer l'enfant adoptable et de choisir le parent adoptif.

63 - devenu très difficile depuis la guerre d'Algérie.

64 - exemple donné : pour un enfant dont la mère avait des dispositions artistiques très marquées, l'oeuvre a cherché et trouvé une famille capable de comprendre et de favoriser celles possibles de l'enfant.

65 - La Présidente d'une oeuvre, qui a 30 ans d'expérience souligne toutefois "les années me font admettre que ceci est illusoire".

66 - En Israël, la loi du 9 août 1960 sur l'adoption exige que l'adoptant ait la même religion que l'adopté (art. 5) (Juris-Classeur drt comparé).

67 - Leysin 1960, préc.

68 - étude, diagnostic, traitement.

69 - rapport, p. 43 et s.

A ce propos, a été soulignée l'importance de l'enquête familiale, de l'âge des adoptants, de la composition de la famille, surtout si elle comporte des enfants légitimes, des rapports médicaux, de la durée du mariage, de la situation matérielle et du niveau d'instruction des adoptants (70). Ont été plus spécialement retenus comme facteurs entrant en ligne de compte pour assortir tel enfant avec tel adoptant : "l'âge, la personnalité, l'intelligence, les talents et les intérêts" spéciaux, la composition du groupe familial, l'aptitude des parents adoptifs à satisfaire les besoins spéciaux de l'enfant, parmi lesquels le facteur religion "mérite une attention spéciale...", et bien entendu "le sexe de l'enfant".

Compte tenu des difficultés inhérentes à la différence de langue et de culture, les adoptions internationales sont particulièrement délicates à réaliser, elles exigent des organismes spécialisés et de protection de l'enfance une coordination à l'échelon international, qui fait souvent défaut.

Une adoption faite à l'intérieur des frontières ne pose évidemment pas des problèmes aussi difficiles à résoudre ; cependant sa préparation psychosociale ne sera jamais trop minutieuse, puisqu'elle dépend en partie le succès de l'adoption. En France, celle-ci se faisant sur une petite échelle et en principe par l'intermédiaire de responsables agréés et avec l'intervention de travailleurs sociaux, il n'a pas paru utile d'édicter une réglementation spéciale. Le choix de tel parent ou de tel couple, pour tel enfant, est généralement le résultat d'un travail d'équipe.

70 - des parents, dont l'instruction n'a pas été très poussée, peuvent être plus disposés à accepter un enfant dont les aptitudes intellectuelles ne sont pas très élevées.

Dans certaines "sociétés d'adoption" américaines, cette façon de procéder est très poussée ; la même assistante sociale, qui connaît la mère, la conseille et recueille son enfant en vue d'adoption (si telle est sa volonté), participera ensuite au choix de la famille adoptive et éventuellement la suivra dans ses premiers pas (71). Cette pratique existe sans doute en France dans les oeuvres d'adoption, mais elle n'est pas institutionnalisée.

La recherche d'une certaine concordance entre le milieu dont est issu l'enfant abandonné et la famille adoptante est certainement souhaitable, mais à la condition de ne pas croire ou laisser croire aux parents adoptifs qu'ainsi aucune difficulté ne surgira.

193. - En dernier lieu, la ratification de la décision prise appartient au tribunal de grande instance.

Toutes les fois, qu'un enfant est confié à des candidats adoptants par l'intermédiaire de l'Aide sociale à l'Enfance ou d'une oeuvre agréée, et si le dossier d'adoption a été convenablement instruit, les magistrats auront tous les éléments d'information pour statuer en connaissance de cause ; cela ne les empêchera pas d'ordonner, si nécessaire, un supplément d'information, ou une comparution personnelle des parties, préconisée dans tous les cas, par M. le Juge Chazal (72), et d'une façon générale par la majorité des Juges pour enfants.

En revanche, lorsque le recueil de l'enfant a été direct, que la requête a pour but de traduire juridiquement la greffe affective, c'est le parquet qui instruit entièrement le dossier.

On peut se demander, si les juges des tribunaux pour enfants, ne seraient pas mieux placés pour mener cette enquête (73). En effet, les moyens d'investi-

71 - Dr Launay op. cit. éd. 1968 p. 112 & 118.

72 et 73 - op. cit. Gaz. Pal. 1949 I Doct. p. 50

gation et le personnel social dont ils disposent, l'habitude qu'ils ont d'utiliser les techniques de l'enquête sociale, des examens psychologiques et médicaux, et d'autre part, leurs fonctions éducatives auprès des familles en général, leur donnent une connaissance très approfondie des écueils à éviter et des mesures préventives à préconiser (74).

Dans cette optique, on aurait pu envisager de confier la tâche d'instruire le dossier à un juge du tribunal pour enfants, spécialement commis à cet effet par le Président du tribunal de grande instance, statuant sur requête, dès le début de la procédure, et qui serait juge rapporteur auprès du tribunal.

De par ses fonctions, ce juge serait particulièrement bien placé pour éclairer les futurs adoptants sur la portée de leur consentement, pour apprécier le degré d'insertion de l'enfant dans la famille adoptive, au besoin en interrogeant l'enfant lui-même si son âge le permet, enfin il vérifierait si l'enfant est bien accepté par les parents des futurs adoptants.

Mais les tâches du juge des enfants, au moins dans les grands centres, sont bien accaparentes. L'essentiel est que le contact humain s'établisse entre le juge et les adoptants : on peut citer, entre autres, l'expérience intéressante rapportée par M. Martagnot, Vice-Président du tribunal de grande instance de Bordeaux, au cours du 4ème colloque des Instituts et Centres Judiciaires (75).

74 - Les cas d'échecs graves d'adoption se terminent souvent chez le juge de la délinquance juvénile.

75 - Rennes, 12, 13 et 14 mai 1966 - "la pratique des juridictions familiales" et "les juridictions familiales au service de l'enfant". Compte rendu p. 17 et 18.

A Bordeaux, le Président de la chambre de l'état des personnes a un entretien avec les candidats à l'adoption, ce qui lui permet de se faire une opinion directe sur leur personnalité et leurs aptitudes. Il peut alors leur donner quelques conseils adaptés et insister sur la nécessité de la révélation à l'enfant de sa condition d'adopté et éventuellement sur les avantages des adoptions multiples. Les intéressés, sont suivant l'expression employée par le rapporteur, "en état de réceptivité" et le juge peut jouer un rôle parfois déterminant.

Ainsi, l'expérience des chambres familiales pourrait ouvrir la voie d'une amélioration souhaitable de la phase préparatoire du jugement d'adoption.

CHAPITRE III

CONDITIONS TENANT AUX RAPPORTS ENTRE ADOPTANT ET ADOPTÉ

194. - L'adoption, ayant pour but d'établir une filiation, qui ressemble à la filiation résultant de la naissance, implique une différence d'âge minimum entre adopté et adoptant, et elle est impossible entre époux. En revanche, bien que l'adoption ait été organisée pour suppléer une filiation qui n'existe pas naturellement, il n'apparaît pas que la préexistence d'un lien de parenté ou d'alliance soit, en principe, un obstacle à sa réalisation.

§ 1 - DIFFERENCE D'AGE

La différence d'âge exigée entre adopté et adoptant est fixée depuis toujours à 15 ans (1). Toutefois, si l'adopté est l'enfant du conjoint, elle est abaissée à 10 ans (2). La loi belge du 21 mars 1969 a adopté

cette même réglementation (art. 2).

L'écart d'âge le plus fréquemment prescrit dans les législations étrangères est de 18 ans. Il en est ainsi notamment en Argentine, Italie, pays-Bas, Autriche, Brésil, Roumanie, Suisse (3) ; certaines législations exigent seulement qu'il y ait entre l'adoptant et l'adopté une différence d'âge convenable, ainsi en Bulgarie et au Canada, on ne pose à cet égard aucune condition spéciale : Pays scandinaves et certaines Républiques de l'U.R.S.S. . En outre, les conditions d'âge sont souvent assouplies lorsque l'adopté est apparenté à l'adoptant, en Grande-Bretagne, le juge peut passer outre à la différence minimale de 18 ans, si tel lui paraît être l'intérêt de l'enfant (4).

En France, la loi du 21 décembre 1960 avait donné au Président de la République le pouvoir de réduire par voie de dispense la différence d'âge minimum imposée par la loi, et ce "dans les deux cas" prévus par l'alinéa 1er de l'article 344 (rédaction ancienne), c'est à dire lorsqu'il n'y a aucun lien de parenté pré-établi, mais à la condition que l'adoption soit réalisée par un couple, et lorsqu'il s'agit de l'enfant du conjoint.

Or les rédacteurs de la loi de 1966 n'ont pas repris cette formule. Faut-il en conclure que cette possibilité ne concerne plus que le cas où l'adopté est l'enfant du conjoint ? Cela se comprendrait car l'on ne voit pas l'intérêt que présente pour un mineur l'adoption par une personne trop jeune pour jouer un rôle éducatif. Toutefois, l'on peut penser qu'il s'agit seulement d'un oubli des rédacteurs de l'article, le Président de la Répu-

3 - Dans la plupart des Etats des Etats-Unis d'Amérique, cette différence est de 10 ans.

4 - Vismard, op. cit. p. 15 et s.

blique s'étant vu reconnaître par ailleurs un rôle accru dans l'appréciation de certaines conditions de fait de l'adoption.

Pour bénéficier de la différence d'âge de 10 ans, l'adoptant doit-il faire la preuve que son conjoint est vivant et dans le cas où il serait décédé pourrait-il prétendre à cette faveur du législateur ?

La Cour de Rouen (5), infirmant un jugement du tribunal de grande instance d'Evreux, a répondu affirmativement à la 2ème question, résolvant implicitement et par la négative, la première. Prétendre le contraire, reviendrait, dit l'arrêt, à exiger une condition supplémentaire non prévue par la loi et à considérer que la dissolution du mariage fait disparaître l'alliance qui l'a causé (6).

Vouloir, pour le conjoint restant, assurer l'avenir de l'enfant du de cujus est une intention louable, qui trouve sa justification dans la situation de fait : l'enfant n'était-il pas élevé comme l'enfant légitime du couple ? Ainsi cette solution se justifie parfaitement par l'intérêt de l'enfant du premier lit, et elle doit être approuvée.

§ 2 - EXISTENCE D'UN LIEN DE PARENTE OU D'ALLIANCE

195. - Des rapports de parenté ou d'alliance pré-existants constituent-ils un obstacle à l'adoption ? En principe non, toutefois, cette affirmation mérite d'être nuancée.

5 - 26 nov. 1968, D. 1969.J.66 et rev. trim. 1969.323 obs. Nerson.

6 - Cette formule trop générale n'est pas rigoureusement exacte, puisqu'elle ne peut s'appliquer au cas de divorce.

1°) L'adoption est possible entre parents et alliés

Rien ne s'oppose à ce que la parenté par adoption se superpose à une parenté préexistante (7). Un oncle ou une tante peuvent adopter leur neveu (8), à condition qu'ils n'aient pas d'enfants légitimes.

Un grand-père peut-il adopter son petit-fils ? Cette question est plus délicate, puisqu'elle sous-entend la présence d'enfants légitimes. Toutefois, si son fils ou sa fille est décédé, il semble que rien ne s'opposerait à ce que le grand-père adopte son petit-fils, cette adoption n'ayant pas pour but de nuire à un descendant légitime (ce qui est défendu par l'article 345-1), mais de lui profiter.

2°) L'adoption est impossible entre époux

La loi ne formule pas explicitement cette interdiction, mais la doctrine est constante (9) ; les relations de parent à enfant établies par l'adoption étant incompatibles avec les rapports conjugaux, et le mariage entre adoptant et adopté étant interdit (10).

7 - D'après M.P. Marmier, (op. cit. p. 37) environ 21 % des adoptions simples réalisées sont le fait d'oncle ou tante qui adoptant leurs neveux, après le décès (2/3) ou le divorce (1/3) de leurs parents. Toutefois, cette adoption, qui démontre la survivance de la force de la famille, est en diminution depuis 10 ans. Voir compte général de la Justice supra n° 34 et statistiques communiquées par le T.G.I. de Paris annexe IX

8 - Dans les cas cités comme les plus dignes d'intérêt par les parlementaires, favorables au projet d'adoption en présence d'enfants légitimes, figurait en bonne place, celui des enfants de parents disparus prématurément et recueillis au foyer d'un oncle ou d'une tante. amendement de Mme Launay Débats parl. A.N. 17/11/1965 p. 4693 et avis opposé du Garde des Sceaux. Rapport de M. Zimmermann Doc. A.N. n° 1665p. 774.

9 - art. 364 al. 2 du C.C.

10 - Aubry et Rau, 6ème éd. par Esmein, t. IX § 556 texte et note 7 - Beudant 2ème éd. t. III par Breton n° 1290 - Marty et Raunaud, 2ème éd. t. I 2ème vol. n° 478 p. 528 - Planiol et

3°) Le tuteur peut adopter son pupille

Cette possibilité ne semble faire de difficultés ni pour la jurisprudence (11), ni pour la doctrine (12), sous la réserve toutefois, que le conseil de famille surveille la reddition des comptes de tutelle (13).

La loi du 14 décembre 1964 n'ayant prévu aucune procédure particulière, pour le cas où la tutelle se termine par une adoption, il semble, par application de l'article 470 du Code civil, que les comptes remis au subrogé tuteur et transmis avec ses observations, au juge des tutelles devraient être examinés par le conseil de famille, avant que ce dernier n'autorise l'adoption .

4°) L'adoption de son propre enfant est-elle possible ?

196. - La question est réglée depuis longtemps pour l'enfant naturel, elle a été plus longtemps controversée pour l'enfant adultérin.

a) l'enfant naturel

Les rédacteurs du Code civil avaient discuté longuement pour savoir quelle position il convenait de prendre ; Bonaparte était favorable à l'adoption de l'enfant naturel (14), Tronchet devait montrer qu'il était impossible d'interdire cette pratique, puisque pour tourner la loi, il suffirait au parent naturel de s'abstenir

11 - Trib. Civ. Versailles 16 octobre 1923, D. 1924.2.161.

12 - Marty et Raynaud 2ème éd. T.I Livre I. n° 478 p. 529.

13 - Rouast note ss Trib. Civ. Versailles 16 octobre 1923 précité.

14 - Fenet tome X p. 275.

de reconnaître son enfant (15). Finalement aucune disposition n'avait prohibé dans le Code civil, l'adoption des enfants naturels par leurs propres parents.

La Cour de cassation, après un revirement célèbre de jurisprudence, devait définitivement et justement décider, par deux arrêts de principe rendus le même jour et sur conclusions contraires de son avocat général, que rien ne s'opposait à une telle adoption (16).

A la suite de la jurisprudence, le législateur, dès 1923, avait admis implicitement cette solution favorable à l'enfant naturel (17) Elle a été confirmée en 1966 par M. Yvon Bourges, secrétaire d'Etat : "... qu'il

agisse d'un enfant naturel, simple ou d'un enfant adultérin..." (18) elle ressort d'une façon très nette des débats parlementaires (19).

La majorité de la doctrine moderne s'est prononcée dans le même sens, en remarquant que les incapacités sont de droit étroit et qu'il n'y a pas de texte prohibant l'adoption de l'enfant par son père ou sa mère naturel (20).

Ceci est certain, mais cette solution permet de tourner les règles fixées par la loi quant aux droits successoraux et à la limitation des droits de l'enfant naturel reconnu pendant le mariage (21) ou encore

15 - Fenet tome X p. 256.

16 - Civ. 28 avril 1841 S.41 I 273 (solution affirmative Civ. 16 mars 1843 S. 43 I 177 (négative) Civ. 1er avril 1846 S. 46 I 273

Carbonnier 1969 tome 2 n° 102 p. 306 - Mazeaud 3ème éd. op. cit. tome I n° 1034 p. 1036.

17 - loi du 19 juin 1923 - D. 1923.IV.257 et commentaire Rouast et spéc. n° 3; Bulletin Soc. d'Etudes Législatives 1920 p. 102.

18 - J.O. débats Sénat 21 juin 1966 p. 880.

19 - Rapport Zimmermann op. cit. n° 1904 p. 9.

20 - Colin et Capitant (éd. 1957) t. I 1457 - Planiol et Ripert t.II par Rouast n° 1014 - Ripert et Boulanger 1956 t.I 1980 - Velousky op. cit. p. 134.

21 - par application de l'art 337 du C.C. pour que l'adoption, soit possible en ce cas, il faudrait évidemment que l'enfant ait été recueilli par le couple avant la naissance des enfants légitimes, hypothèse fort plausible .

celles restreignant sa capacité de recevoir, édictées par l'article 908 du Code civil. Pour certains auteurs, il y a là "une véritable fraude" au statut de l'enfant naturel, impérativement déterminé par la loi (22).

En outre, l'on arrive ainsi à une solution curieuse : le parent naturel se donne un consentement à lui-même. Il semblerait plus satisfaisant que le consentement soit donné, en ce cas, par le juge des tutelles (en l'absence de conseil de famille non prévu pour l'enfant naturel reconnu), après enquête du parquet, vérifiant si l'adoption plénière ne présente pas d'obstacles. Le tribunal de grande instance de Paris a adopté cette pratique justifiée par l'article 464 in fine. Le juge des tutelles, en effet, paraît le mieux placé pour éclairer le tribunal sur le mérite de la demande.

Quoiqu'il en soit, la solution n'est plus discutable, elle s'inscrit dans le contexte social favorable à l'enfant naturel et en un certain sens, dans l'intérêt des bonnes moeurs (23).

Toutefois, il faut noter que l'adoption plénière présente peu d'intérêt lorsque les parents naturels se marient, puisqu'ils peuvent légitimer l'enfant. Dans le cas même, où la légitimation post-nuptias paraît plus adaptée, et en tous cas, ne présente pas plus de difficultés procédurales qu'une adoption plénière.

En revanche, si jusqu'à présent de nombreux enfants naturels reconnus ou non étaient adoptés (24) par un seul de leurs auteurs, (l'adoption cumulative étant interdite, sauf si elle est réalisée par deux époux),

22 - La Marnière op. cit. J.C.P.1966 ch. 2028.

23 - Aubry et Rau 5ème éd. Tome IX par Bartin § 556 note 17, 4°.

24 - voir compte général du Ministère de la Justice Cf n° 33 et en annexe statistiques du T.G.I. de Paris.

ils ne pouvaient bénéficier d'une légitimation adoptive, aux effets beaucoup plus complets, que si leurs parents étaient mariés. Dorénavant, l'enfant naturel peut être adopté plénièrement par un seul de ses auteurs, il aura les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un enfant légitime et vis à vis des parents de son père ou de sa mère, il sera sur le même pied que les autres petits enfants (25).

Certes, il continuera à ne pouvoir être adopté par ses deux parents, s'ils vivent en concubinage, et c'est là, peut-être, que réside l'un des derniers points d'infériorité de son statut au cas d'adoption, mais il faut observer, avec M. le Professeur Flour, "à quel point la réforme de 1966 a modifié la portée de la solution admettant l'adoption de l'enfant naturel, puisque l'on aboutit aux résultats d'une légitimation sans mariage" (26).

b) L'enfant adultérin

197. - Il faut supposer bien entendu que la filiation de l'enfant ressort indirectement par exemple d'une action en désaveu ou en nullité de reconnaissance ou d'une action alimentaire instituée par la loi du 15 juillet 1955. En effet, dans le cas contraire, l'enfant entrerait dans la catégorie des enfants naturels simples.

La possibilité de faire bénéficier l'enfant adultérin comme l'enfant naturel d'une adoption est généralement admise ; toutefois le principe même est soumis à plus de critiques, compte tenu de la défaveur qui s'attache à la qualité d'enfant adultérin et de la crainte

25 - ... N'est-il pas socialement préférable d'avoir un enfant adopté, plutôt qu'un enfant naturel ?

26 - Cours de Droit civil 1ère année, (Paris 1967-1968) p. 992.

que sa présence reconnue ne nuise à la famille légitime (27)

Si le législateur semble avoir entendu faire bénéficier, sans restrictions (28), l'enfant adultérin des dispositions de la loi de 1966, c'est à la condition que l'auteur adultérin de l'enfant ou ses deux auteurs (s'ils se sont mariés) n'aient pas de descendants légitimes. Dans le cas contraire, l'opportunité de l'adoption envisagée dépend du Président de la République (29), par application de l'article 345-1 du Code civil.

En effet, l'opposition du gouvernement (30) et d'une bonne partie des parlementaires, à certains amendements (31) ayant pour but de permettre l'adoption en présence d'enfants légitimes, était motivée justement par la crainte de favoriser l'introduction des enfants adultérins dans la famille légitime et d'offrir ainsi un moyen indirect de tourner les règles de la filiation et spécialement de la légitimation.

La majorité des auteurs admettent que l'enfant adultérin ou incestueux puisse être adopté par l'un de ses parents ou les deux (32). Certains reprennent l'argument avancé déjà en faveur de l'adoption de l'enfant naturel et l'absence de texte prohibant une telle

27 - Les Pays scandinaves interdisent l'adoption de son propre enfant, qu'il soit légitime ou illégitime, Foetisch op. cit. p. 57 et 58.

28 - intervention Yvon Bourges supra n° 196 et note 18

29 - supra n° 182.

30 - intervention de M. Foyer, (débat Ass. Nat. 17 nov. 1965 J.O. p. 4695).

31 - n° 53 présenté par Mmes Prin et Vaillant-Couturier et n° 50 par M. Dulconé devant l'Ass. Nat. (17 nov. 1965 J.O. p. 4695) et n° 29 présenté par Ms Namy et Vallin et les membres du groupe communiste devant le Sénat (Débat Sénat 1er juin 1966 J.O. p. 676).

32 - contra les auteurs anciens comme Demolombe T.VI n° 50 et s. p. 29 et s., Toullier T.II n° 988.

adoption (33), d'autres font remarquer que la filiation adultérine ne pouvant être établie au regard de la loi, "la stricte rectitude juridique rend l'opération inattaquable en soi" tandis que le lien du sang, à lui seul, constitue "les justes motifs de l'adoption envisagée" (34).

En fait, comme le soulignait M. l'Avocat Général Lécirivain, devant la Cour d'Angers "peu importe l'existence d'un lien de filiation véritable, pourvu qu'il ne soit pas établi légalement... le but du législateur étant de donner un foyer à ceux qui n'en n'ont pas" (35).

La jurisprudence est favorable à l'adoption ou à la légitimation adoptive de l'enfant adultérin. Si les décisions anciennes appuyaient leur argumentation sur le fait que la recherche de paternité adultérine est interdite (36), des décisions plus récentes soulignent "qu'il n'y a pas de prohibition légale expresse" (37) et que l'acte de légitimation adoptive ne manifestant pas une filiation ne peut être assimilé à la reconnaissance d'un enfant adultérin et critiqué comme tel (38).

Cette tendance actuelle s'inscrit dans l'

33 - Beudant, Lerebourgs-Pigeonnière et Breton 2ème éd. T.III n° 1291 et 1292. Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière (éd. 1953) n° 1066 et 1067 p. 620, Planiol et Ripert par Rouast t.II n° 1014, Ripert et Boulanger 1956 t. I n° 1980 p. 742, Marty et Raynaud 2ème éd. t. II 2ème vol. n° 478, Lagarde rev. trim. 1947 p. 317.

34 - note Mme Sinay, sous Trib. Briançon, 24 mai 1946 préc.; dans cette espèce, la reconnaissance faite par le père adultérin avait été annulée au préalable.

35 - Angers 10 déc. 1952, D. 1953.J. 190 - J.C.P. 1953.II. 7403 concl. Lécirivain, rev. trim. 1953³¹¹ obs. Lagarde, confirmé par Cass. 5 janv. 1956. D. 1956.J. 288.

36 - et qu'ainsi une demande en nullité d'adoption fondée sur un lien préalable de filiation adultérine est irrecevable Grenoble 7 mars 1849 - D. 1851.II.240 - S.1850.II.210.

37 - Grenoble, 26 févr. 1947 préc., confirmant Trib. Civ. Briançon 24 mai 1946, préc.

38 - Angers 10 déc. 1952 D.1953.J.190 - J.C.P. 1953.II. 7403, rev. trim. 1953.311 obs. Lagarde.

évolution législative récente (39), qui sous la pression des mœurs et de la société, a apporté des atténuations au principe de la prohibition de l'établissement de la filiation adultérine.

198. - Toutefois, si la loi du 15 juillet 1955 permet à l'enfant adultérin de recevoir des aliments et celle du 15 juillet 1956 à l'enfant adultérin a pater d'être légitimé, elle ne résoud pas complètement le problème de l'enfant adultérin a matre (40), qui, trop souvent, et alors qu'aucun doute ne subsiste quant à sa filiation paternelle, ne peut bénéficier d'une légitimation, par suite de la négligence ou de l'opposition du mari de sa mère, détenteur unique ou presque de l'action en désaveu.

En effet, si cette action n'a pas été exercée dans les délais utiles très courts, ou si le mari est décédé, et qu'aucun héritier ne puisse exercer l'action en son nom, il est impossible, lors du mariage de la mère avec le père réel, même s'il est établi que les époux vivaient séparés depuis longtemps et que le mari s'est désintéressé complètement de la mère et de l'enfant, de donner à ce dernier un statut conforme à sa filiation et à son intérêt. Et l'on peut voir alors, l'ainé d'une famille nombreuse rester illégitime, tandis que ses frères et soeurs ont tous été légitimés par le mariage de leurs parents ! (41)

39 - L'adoption des enfants adultérins est possible en Belgique depuis la loi de 1958 (alin. 6.7. et 8 de l'art. 344). La loi du 21 mars 1969 est muette sur ce point, probablement parce qu'il est admis.

40 - Sauf l'hypothèse prévue par l'al. 3 de l'art. 350 : enfant légitime pour lequel le secret de l'ancienneté a été demandée, lorsque sa mère a consenti à l'adoption et que, dans le délai d'un an, à dater de ce consentement son père ne l'a pas réclamé.

41 - Paris 23 févr. 1963 préc. supra 180 note 97, mais cette décision a été cassée (pour vice de forme) Cass. 26 nov. 1964 (préc.).

Compte tenu des effets complets de l'adoption plénière, la loi du 11 juillet 1966 est-elle, en quelque sorte, une solution d'attente au problème de la légitimation de l'enfant adultérin à matre, toutes les fois que celle-ci est impossible, par suite du jeu de la présomption pater is est ?

199. - Mais, si du point de vue social et familial, l'on ne peut qu'être favorable à l'adoption de l'enfant naturel ou de l'enfant adultérin, lorsque cela a pour effet de régulariser une situation de fait existante, cette dernière ne pouvant l'être par la voie normale de la légitimation, faute d'une réforme nécessaire et urgente du droit de la filiation, d'un point de vue strictement juridique, l'on ne peut que regretter l'emploi de ce procédé(42). Et encore dans ce cas, l'adoption plénière de l'enfant sous-entend le mariage de ses parents, elle repose donc sur une situation conforme à la nature et à la loi.

Que penser alors de la perspective ouverte par la loi de 1966, qui permet à un seul des auteurs de l'enfant de lui conférer les droits de la légitimité en dehors de tout mariage ? Verra-t-on un homme marié, à condition qu'il n'ait pas d'enfant légitime et que sa femme y consente (43), ou qu'elle soit dans l'impossibilité même de manifester sa volonté (44), adopter plénièrement son

42 - La Marnière, J.C.P. 1966 op. cit. n° 8 - Rajon note ss. T.G.I. Avesnes s/ Helpe 13 mars 1968 préc.

43 - mais certains consentements sont plus ou moins libres.

44 - cas cité par M.P. Marmier (op. cit. p. 58) d'un homme dont la femme est internée et qui vit en concubinage notoire avec une maîtresse, qui reconnaît à leur naissance, les enfants nés de leurs relations. Le père adultérin, en les adoptant successivement leur confèrera la légitimité qu'un mariage prohibé (divorce impossible dans le cas d'aliénation mentale) ne peut leur donner.

enfant adultérin, alors même que son mariage n'est pas dissous ? Que devient alors la famille légitime, puisque les règles établies par le législateur pour la protéger peuvent être mises en échec par le biais de l'adoption ?

Ainsi les réserves faites précédemment quant à l'adoption de l'enfant naturel prennent une force accrue, lorsqu'il s'agit d'un enfant adultérin et d'une adoption plénière !

Certes, il n'est pas question de revenir en arrière, mais il faut souligner qu'il n'est pas normal de remédier aux insuffisances et aux imperfections du droit de la filiation, par le biais d'une autre institution ! (45)

§ 3 - LE PROBLEME DE L'ADOPTION DE L'ENFANT DU CONJOINT

200. - L'adoption plénière de l'enfant est sollicitée par le conjoint du père ou de la mère de l'enfant. Cette hypothèse se rencontre fréquemment en pratique. Pour des raisons de sociologie familiale, c'est l'enfant de la femme qui en bénéficie le plus souvent. (Les magistrats notent la propension des femmes à vouloir faire ainsi adopter leurs enfants).

L'intérêt de l'enfant semble bien préservé à première vue, puisqu'il va devenir l'enfant légitime du couple qui l'élève ; mais si l'on applique à cette espèce particulière les conséquences normales de l'adoption plénière - et comment faire autrement en l'état actuel des textes - l'on arrive à des solutions aberrantes : rupture de tout lien juridique entre l'enfant et le parent qui l'

45 - supra 122.

élève, ou profondément injuste : rupture de tout lien entre l'enfant et la famille de son autre parent, s'il est décédé par exemple.

Pourtant, le législateur semble avoir admis sans restrictions, ni aménagement cette possibilité : l'article 344 du Code civil précise en effet que la différence d'âge entre adopté et adoptant peut être réduite à 10 ans, lorsqu'il s'agit de "l'enfant du conjoint".

Toutefois, lors des discussions parlementaires sur un amendement (46) limitant les effets de l'adoption plénière (spécialement absence de rupture de liens avec la famille d'origine, lorsqu'il s'agit de l'enfant du conjoint) le Garde des Sceaux a été amené à préciser que dans la pensée du Gouvernement "l'adoption plénière de l'enfant du conjoint devrait être limitée au cas où il s'agit d'un enfant naturel de l'un des époux, qui est adopté par les deux... alors que dans les autres cas, la vraie solution serait l'adoption simple et non pas l'adoption plénière". Cette position a été réaffirmée le 31 décembre 1966 (47).

1°) Il s'agit d'un enfant naturel

201. - S'il n'a été reconnu que par le parent qui l'élève, son consentement suffit. Dans le cas contraire, il serait nécessaire d'obtenir un consentement à l'adop-

46 - amendement n° 18 de M. Jozeau-Marigné ayant pour but d'ajouter un al. 2 à l'art. 356 du C.C. (J.O. débats Sénat 1er juin 1966), repoussé par l'Ass. Nat. (débat 15 juin 1966 J.O. p. 2028) non repris par le Sénat (débat 22 juin 1966 p. 880).

47 - Réponse du Ministre de la Justice à une question écrite de M. Ballanger. Débats Ass. Nat. (J.O. p. 5988).

tion ou un jugement déclaratif d'abandon, par application de l'article 350 du Code civil, à moins que la procédure de refus abusif ne soit mieux adaptée.

Toutefois, s'il s'agit d'un enfant naturel simple de la femme ou d'un enfant adultérin du mari, le couple recourra plutôt à une légitimation lors du mariage. Peut-être pourrait-on voir alors dans la procédure d'adoption plénière un moyen de lutter contre la pratique des légitimations de complaisance (48). L'adoption plénière, réalisée sous le contrôle judiciaire, après une certaine durée du mariage et alors que l'enfant et l'autre conjoint ont appris à vivre ensemble, permettrait d'éviter les légitimations qui ne tiennent aucun compte de l'intérêt véritable de l'enfant.

Bien entendu, il faudra en ce cas, que le parent naturel s'associe à la demande d'adoption plénière présentée par l'autre époux ; il deviendra ainsi le parent légitime de son propre enfant (49).

L'adoption plénière de cet enfant ne présente pour lui que des avantages : d'une part, il n'y a aucun inconvénient à consacrer la rupture des liens avec l'autre parent naturel (en admettant qu'ils existent) (50), d'autre part, l'enfant va bénéficier du statut d'enfant légitime.

48 - Savatier "Les légitimations de complaisance" D.1950 chr. p. 9 et La Marnière "adoption et légitimation de complaisance." S.P.E. mars/juin 1956 p. 3.

49 - comme tout parent naturel dorénavant, puisque l'adoption plénière est permise aux célibataires.

50 - Déb. Ass. Nat. 14 juin 1966, J.O. p. 2028, interv. de M. Zimmermann, rapporteur et avis favorable du Garde des Sceaux, redonné le 31 décembre 1966 (Débats J.O. p. 5988 préc.).

2°) Il s'agit d'un enfant légitime d'un premier mariage

202. - Cette hypothèse peut se présenter après un décès ou un divorce et alors que l'époux qui élève l'enfant s'est remarié.

Indépendamment des questions de pure technique juridique, l'on ne saurait admettre sans restrictions le principe même de cette adoption ; elle ne répond plus au but de l'institution, qui est de donner une famille aux enfants qui n'en n'ont pas ; elle va entraîner une rupture des liens juridiques qui unissent l'enfant à l'un de ses parents et à sa famille. En outre, il paraît tout à fait injustifié de modifier l'état-civil d'un enfant, au motif que ses parents sont divorcés ou que l'un d'entre eux est décédé.

Certes, on aurait pû prévoir que l'adoption plénière n'entraîne pas en ce cas la rupture des liens (51) ; mais cette solution aurait apporté de grosses difficultés pratiques, spécialement en matière successorale ou de constitution d'un conseil de famille, l'enfant ayant trois parents légitimes ! (52)

C'est ainsi que la Cour de Paris (1e 3 mars 1966) a refusé de limiter la rupture des liens familiaux à une branche, parce que "la famille d'un enfant constituée en premier lieu par ses deux parents, en second

51 - Déb. Sénat 1er juin 1966, J.O. p. 684 ; F.Leman "Quelques réflexions sur l'adoption plénière" J.C.P. 1968.I. 2133.

52 - intervention du Garde des Sceaux, Déb. Sénat 1er juin 1966.

lieu par leurs parents et alliés forme un tout indivisible". La solution rendue a le mérite de la simplicité, toutefois, comme le souligne M. le Doyen Nerson, le considérant retenu par la cour, n'est pas entièrement convaincant ; l'adoption étant en soi une fiction, si tel est l'intérêt de l'enfant, aucun principe ne s'oppose à l'admission d'une rupture des liens familiaux, dont la portée serait limitée (53).

Ainsi il ne peut être admis en principe(54), qu'en cas de remariage après décès, le parent vivant puisse, par ce biais, couper l'enfant de tout lien juridique avec la famille du précédé, et ce, sans même qu'elle puisse se faire entendre, par application de l'article 348 alinéa 2 du Code civil (55). Une adoption simple se conçoit beaucoup mieux.

En revanche, l'adoption plénière de l'enfant par le deuxième conjoint pourrait être une solution à des cas d'espèce.

Par exemple, après divorce, la mère, à qui les enfants ont été confiés, se remarie (56). Le père, qui s'est remarié de son côté, se désintéresse complètement de ses enfants, il n'use pas de son droit de visite, ne paye pas la pension alimentaire. Le deuxième mari de la femme devient le vrai père. Pourquoi ne pas permettre

53 - J.C.P. 1967.II.14999 note Rajon et rev. trim. 1968 346 obs. Nerson S.P.E. mai 1967 p. 1 note La Marnière.

54 - contrairement à ce qui a été jugé par le T.G.I. d'Avignon sur Helpe, le 24 nov. 1967, J.C.P. 1968.II.15391 note Rajon, S.P.E. 1968 janv. p. 39 ; mais la décision n'a pas été publiée in extenso.

55 - Selon M. Leman, procureur adjoint au parquet du T.G.I. de Versailles la requête en vue d'adoption plénière devrait être dénoncée aux ascendants, qui auraient un délai d'un mois, pour y faire opposition, en faisant valoir les motifs de celle-ci, ceci, afin de permettre au tribunal de statuer en connaissance de cause (op.cit.). On peut toutefois penser que le parquet a des moyens d'investigation et pourra faire entendre les grand-parents, s'il le juge nécessaire.

56 - L'hypothèse inverse peut être imaginée, la mère est partie "vivre sa vie", le père remarié élève ses enfants avec sa deuxième femme, qui les considère comme siens.

à ces enfants de devenir les vrais enfants légitimes de ce foyer, qui est devenu le leur (surtout s'il est resté infécond). Comme le note M. le Professeur Raynaud, l'adoption plénière par un seul, combiné avec la filiation légitime maternelle, aurait alors un véritable effet de légitimation (57).

Autre exemple : après divorce, la mère se remarie avec le père réel de l'enfant, qui est donc adultérin a matre. Sa légitimation est impossible, lors du mariage de ses vrais parents, s'il n'a pas été désavoué ou ne peut plus l'être (58). Or, il est constant que le père légal ne donnera son consentement à l'adoption que s'il s'agit d'une adoption plénière, comportant rupture complète de tous liens juridiques et successoraux.

Dans ces espèces, l'intérêt véritable de l'enfant ne s'oppose pas, bien au contraire, à l'adoption envisagée, qui va lui donner un état juridique conforme soit à l'état de fait(recueil), soit à la vérité biologique.

Ainsi, d'une façon plus générale, l'adoption de l'enfant du conjoint se conçoit toutes les fois qu'elle n'entraîne pas une rupture préjudiciable avec la famille d'origine de l'enfant (59) ; mais sa réalisation se heurte, en l'état actuel des textes, à des difficultés juridiques.

57 - note sous Paris 1ère Ch. suppl. 15 juin 1967, J.C.P. 1967.II.15254, rev. trim. 1968.345 obs. Nerson.

58 - Certes, cela revient à permettre la légitimation d'un enfant adultérin a matre, dans un cas où les règles du droit de la filiation s'y opposent; mais il paraît difficile de refuser à cet enfant, ce qui est admis pour l'enfant étranger. Il s'agit plus alors d'un problème de filiation que d'adoption, l'adoption constituant seulement le biais juridique pour parvenir à la légitimation de l'enfant.

59 - La Cour de Lyon, dès 1925, avait admis que l'adoption (simple) de l'enfant du conjoint soit possible à condition qu'il ne soit pas coupé de sa famille d'origine à laquelle undroit de visite était accordé. Lyon 27 juin 1925.D.1926.2.1929.

Deux processus peuvent être envisagés :

203. - a) L'adoption plénière est demandée par le deuxième conjoint seulement.

Cela est juridiquement possible depuis la loi de 1966 (60), puisque toute personne, âgée de plus de 35 ans, peut adopter plénièrement (par application de l'article 343-1 al. 1 du Code civil) et que l'adoption de l'enfant légitime est possible avec le consentement d'un seul des parents, lorsque l'autre est décédé ou a abandonné. Pourtant la Cour de Paris (61), confirmant un jugement du tribunal de grande instance de Reims, a refusé de prononcer l'adoption plénière, par le mari, de la fille de son épouse, au motif qu'elle "aurait pour effet immédiat la rupture des liens avec les parents légitimes de l'adoptée".

En effet, pour que l'adoption plénière soit possible, il faut que le parent légitime y consente. Or ce consentement s'analyse comme un acte d'abandon, entraînant rupture de tous liens avec l'enfant.

Or, comme le fait remarquer la Cour, si cette rupture peut être admise vis à vis du père, qui semble se désintéresser de l'enfant, elle ne peut se justifier vis à vis de la mère, qui l'élève. Le parent par le sang ne veut certainement pas donner à son consentement un effet, dont les conséquences, au cas de mésentente ultérieure des époux, seraient dramatiques. Une situation légale ne peut être en contradiction aussi flagrante avec la situation de fait.

60 - Avant 1966, seule l'adoption simple avec ou sans rupture de liens était possible, la légitimation adoptive ne pouvant être réalisée que par deux époux agissant conjointement et seul un enfant abandonné ou un orphelin pouvant en bénéficier.

61 - Paris, 1ère Ch. supp. 15 juin 1967, préc.

Seule une adoption simple est concevable (62) et le tribunal l'avait à bon droit prononcée, en usant de la faculté que lui donne l'article 8 du décret du 2 décembre 1966 (63).

Bien que la Cour de Paris ait substitué (et non ajouté) le nom de l'adoptant à celui de l'adopté, par application de l'article 363 du Code civil, il est permis de penser que la solution rendue ne correspond pas exactement au résultat recherché par le couple.

Est ce à dire qu'une adoption plénière ne peut jamais intervenir en ce cas ?

Si répond la Cour de Paris, mais à une condition c'est que la demande soit introduite simultanément par les deux époux "car alors, il y aurait substitution immédiate, sans aucun préjudice pour l'adoptée, au lien de filiation légitime, du lien de filiation adoptive plénière qui lui est équivalent".

204. - b) L'adoption est demandée conjointement par les deux époux.

Les textes légaux ne s'opposent pas à une telle solution, mais sa mise en oeuvre aboutit à des résultats assez étonnants : le parent légitime, qui élève l'enfant, signe un acte d'abandon pour permettre à son conjoint de faire de cet enfant son propre enfant légitime, mais afin de rétablir aussitôt les liens rompus, ce même parent adopte l'enfant conjointement avec son époux,

62 - Mazeaud et de Juglart : Leçons Drt civ. 4ème éd. tome I. vol. 2. n° 1031 in fine p. 405.

63 - (J.O. du 8 déc. 1966) "Le tribunal peut, avec l'accord du requérant, prononcer l'adoption simple, même s'il est saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière".

et l'enfant devient alors l'enfant légitime des deux !
Ainsi le père ou la mère consent à l'adoption en son nom ;
en son nom également il consent en qualité d'adoptant.

Le parent par le sang a-t-il réfléchi
aux conséquences que pourrait avoir son acte d'abandon,
s'il décédait avant que le jugement d'adoption pléniaire
ne soit rendu ?

Certes, la situation de fait est là, et
il ne serait pas bon de se laisser influencer par des
principes trop rigides, lorsque l'enquête prouve que tel
est l'intérêt de l'enfant, mais tout de même, le vieil
article 354 (ordonnance du 23 décembre 1958) n'était-il
pas plus conforme à notre esprit cartésien, lorsqu'il
permettait au conjoint de réaliser une adoption simple
comportant, le cas échéant après enquête, la rupture des
liens avec l'autre parent légitime.

Quoiqu'il en soit, l'adoption avec rup-
ture ayant été supprimée par le législateur (64), sans
doute dans un but de simplification et l'adoption plé-
nière étant juridiquement possible, les conjoints la
demandent et c'est leur droit.

Cette possibilité a été admise par le
tribunal de grande instance d'Avesnes sur Helpe (65),

64 - et la loi nouvelle s'appliquant immédiatement même
en cours d'instance, à une situation en cours de forma-
tion (cf. P. Roubier, "le droit transitoire", Paris 1960
n° 51, 1°, in fine, p. 228), la Cour de Paris, le 2 mai
1967, sur appel d'une décision du T.G.I. de la Seine du
6 mai 1966, ayant pour but d'obtenir la rupture des liens
avec la famille d'origine (rupture refusée par le tribunal)
a déclaré l'appel irrecevable au fond, la loi de 1966, sup-
primant l'adoption avec rupture, étant entrée en vigueur
pendant l'instance d'appel, la Cour s'est refusée à appré-
cier l'opportunité d'une rupture écartée par les premiers
juges. (J.C.P. 1967.II.15161 obs. P.L. et rev.trim. 1968
p. 347 obs. Nerson). Dans cette espèce, n'était pas exclu
que l'adoptant puisse présenter une nouvelle requête devant
le tribunal, aux fins d'obtenir la transforamation de l'
adoption simple devenue définitive en une adoption pléniaire,
par application de l'art. 345 al. 2 du C.C.

65 - préc.

et par d'autres, notamment Cour d'appel d'Aix en Provence, tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand, elle ne semble pas rejetée a priori par la Cour d'appel de Paris (66).

Au contraire, dans certains tribunaux, les magistrats du parquet, chargés d'instruire la requête obtiennent généralement des avoués et des conjoints, qu'ils formulent une requête en adoption simple, avec changement de nom (position du tribunal de grande instance de Paris, 1ère Chambre).

Sans s'arrêter à l'objection formulée par certains (67) qui prétendent que l'enfant du conjoint, étant un enfant légitime, fait obstacle à sa propre adoption, et qu'une dispense du Président de la République doit être obtenue (68), il y a lieu de constater "l'illogisme fondamental d'une adoption plénière, qui, (est) faite pour donner un foyer légitime véritable aux enfants dépourvus de famille (et) ne peut jouer correctement son rôle si elle intervient dans d'autres conditions" (69)

205. - Selon M. le Professeur Raynaud (70), il faudrait d'une part, interdire l'adoption plénière par un seul, sauf le cas où il s'agit de l'enfant du conjoint, et d'autre part, décider que, dans ce cas, il n'y aurait pas rupture des liens avec le parent qui élève l'enfant.

66 - 1ère Ch. suppl. 15 juin 1967 - préc.

67 - A. Rajon, Président du conseil de famille des pupilles de l'Etat du département du Rhône, note sous T.G.I. Avesnes op. cit.

68 - juridiquement, l'enfant n'a plus aucun lien avec son parent par le sang, puisqu'il a signé un acte d'abandon en outre comme le fait remarquer M. le Doyen Nerson, ce qui est interdit sauf dispense, c'est l'adoption au détriment des descendants légitimes et non l'adoption à leur profit. Rien n'empêche de superposer la parenté adoptive à la parenté légitime qui préexiste (rev.trim. 1968 p.345) . Dans cette affaire, il avait été répondu par la Présidence de la République, "une dispense préalable à l'adoption...ne paraît pas nécessaire".(J.C.P.1968.II.15.391. addendum au n° 15.516).

69 et 70 - note Raynaud sous Paris 15 juin 1967 préc.

Cette proposition, qui serait saluée par les partisans de l'adoption plénière par un seul comme une régression, n'a guère de chances de voir le jour. Plus acceptable par eux, sans doute, serait celle de M. F. Leman, Procureur adjoint près le tribunal de grande instance de Versailles (71), qui suggère au législateur d'ajouter un alinéa à l'article 356, prévoyant que l'adoption plénière rompt les liens avec la famille par le sang "sauf ceux qui unissent l'adopté au conjoint de l'adoptant et à la famille de ce conjoint" (72).

Ainsi l'on reviendrait, par un cheminement inverse, à l'adoption avec rupture de l'article 354 et il ne serait plus question de l'adoption plénière conjointe, qui heurte considérablement le bon sens juridique.

En effet, si l'on peut admettre l'adoption plénière de l'enfant naturel du conjoint, qui même reconnu, n'est pas un enfant à part entière, et ce malgré les réserves déjà formulées (73) quant à la transgression par ce biais des règles légales de la filiation, le principe même de l'adoption plénière de l'enfant légitime du conjoint ne peut être admis, sauf cas très particuliers (74).

D'abord parce qu'il s'insère dans un cadre plus vaste, l'adoption plénière de l'enfant légitime, qui heurte la conscience française (75), ensuite parce que l'

71 - "Quelques réflexions sur l'adoption plénière" op.cit.

72 - En Israël, la loi du 9 août 1960 prévoit que le tribunal peut limiter les effets de l'adoption et en particulier ne pas mettre fin aux rapports entre l'enfant et sa famille d'origine, quand l'adoptant est un proche parent ou le conjoint d'un ascendant.

73 - supra n° 199.

74 - obs. Nerson - Rev. trim. 1968 p. 346.

75 - L'expérience montre qu'il peut s'agir d'une adoption réalisée uniquement pour des questions successorales. Cour de Paris 11 juill. 1969. dame M. B... c/ M. P. (non publiée)

adoption plénière est faite pour donner une famille à un enfant abandonné, et que tel n'est pas l'état de l'enfant du conjoint.

Mais les faits sont là, ce n'est pas seulement pour donner à l'enfant un état conforme à sa filiation que les couples demandent une adoption plénière, mais dans toutes les hypothèses, après divorce et remariage, (comme si un divorce équivalait à une déchéance).

La loi de 1966, en voulant trop permettre, est-elle allée au delà de ce qui est possible sans dénaturer le principe même de l'adoption plénière ?

